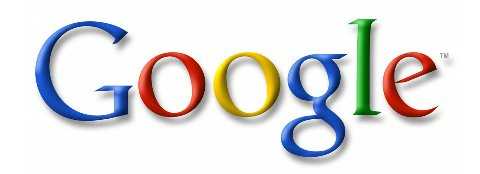
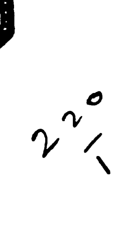






UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES CAS

OU

UN PUPILLE ROMAIN A PLUSIEURS TUTEURS

ET DES

RÈGLES PARTICULIÈRES A CETTE SITUATION

Du Conflit des Lois Françaises et Étrangères

EN MATIÈRE DE TUTELLE DES MINEURS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Mardi 9 Juin 1885, à 1 heure 1/2

PAR

Ch. LOISEAU



Président : M. DESJARDINS, *professeur*

Suffragants { MM. COLMET DE SANTERRE, professeur
LAINÉ } agrégés
JOBBÉ-DUVAL }

Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

LONS-LE-SAUNIER
IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE DE J. MAYET ET Cie
20, Rue St-Désiré, 20

1885

A MA MÈRE

A la mémoire de mes grands oncles

JEAN-SIMON-GUSTAVE LOISEAU

Premier président de la Cour d'Appel de Besançon

ET ADRIEN-FÉLIX MAIFFREDY DE ROBERNIER

Président de Chambre à la Cour de Montpellier

DES CAS OU UN PUPILLE ROMAIN A PLUSIEURS TUTEURS

ET

des Règles particulières à cette situation

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Dans la plupart des législations contemporaines, une des règles qui semblent dominer l'institution de la tutelle est celle qui se rapporte à son unité.

On part de cette idée que, si l'enfant était majeur, c'est une seule volonté, la sienne, qui présiderait au gouvernement de sa personne et de ses biens. Or la tutelle a précisément pour but d'assurer à l'individu qu'on entoure de cette protection l'ensemble de garanties et d'avantages qui résulteraient pour lui de sa maturité et de son expérience personnelles. Mais il y a dans le principe de l'unité plus que la satisfaction d'une exigence théorique. Pratiquement on conçoit qu'un patrimoine soit mieux

administré lorsqu'on empêche les actes qui l'intéressent d'avoir entre eux un caractère contradictoire. Sans doute le contradictoire peut se rencontrer dans les manifestations d'une seule volonté, mais il sera probablement plus fréquent si l'on en suppose plusieurs. Un seul tuteur, voilà donc la conception qui satisfait à la fois le sens juridique, ami de la synthèse et de l'unité, et les intérêts de l'incapable, qui gagneront à être entretenus dans un même esprit et sous une seule inspiration.

Il n'est pas douteux que les jurisconsultes romains n'aient compris la valeur des considérations précédentes. Ulpien en témoigne lorsqu'il nous dit « *Apparet igitur prætori curæ fuisse ne per plures tutela administretur*, » (1) et, dans la suite du texte, il nous fait le tableau de la procédure qu'on suivra pour obtenir ce résultat, auquel les préteurs attachent de l'importance.

Il est manifeste pourtant qu'à Rome la pluralité des tuteurs a été un fait fréquent. Avant donc d'entrer dans le détail des difficultés et complications auxquelles cette pluralité donne naissance, il nous a paru indispensable de rechercher les causes qui, en dépit de la réflexion d'Ulpien, en ont fait faire une si longue et si habituelle application.

L'histoire de la tutelle est celle de la plupart des institutions romaines. Rome naissante éprouve le besoin de se donner une organisation forte ; si l'on observe, en outre, que la rudesse des mœurs est un trait commun à presque tous les peuples jeunes, on n'est plus étonné de trouver

(1) Loi III § VI. *De administratione et periculo tutorum.*

chez elle, soit des institutions (comme l'esclavage) que les jurisconsultes d'aujourd'hui déclarent odieuses, soit une certaine manière, plus énergique et plus dure, de comprendre des institutions, (comme la puissance paternelle) qui sont de tous les temps et de tous les lieux. Aujourd'hui nous ne comprenons la tutelle que comme un ensemble de mesures de protection destinées à certains incapables. Le législateur moderne, qui l'a organisée, ou qui la réforme, obéit surtout à un esprit d'humanité. Nous avons dit pourquoi les anciens Romains sont restés généralement étrangers à cet esprit-là. Il en résulte que si l'on examine à part, et sans la rattacher à l'ensemble du *Jus civile*, la tutelle, telle que les Romains la concevaient, au temps des Douze Tables et même pendant la période classique, si on l'isole et qu'on la mette en face du Titre X Chapitre II, Livre Ier de notre Code civil, on est tenté de la traiter d'une manière assez sévère, on trouve qu'elle a été organisée d'après un point de vue faux, qui lui communique un caractère artificiel. Mais précisément ce qui nous paraît artificiel et même faux n'était que la conséquence logique des principes qui ont présidé à la formation du *Jus civile*. Le reproche, s'il y en a un à formuler, doit donc atteindre l'ensemble du Droit, et non la tutelle en particulier, car elle est liée aux autres institutions, elle s'adoucira et se réformera avec elles. Si la tutelle, sous Justinien, se rapproche davantage de la nôtre, c'est que l'idéal juridique auquel tendent les jurisconsultes du Bas-Empire n'est plus celui de leurs devanciers. A côté de la préoccupation politique, de la raison d'Etat qui est au fond de la pensée

de tous les anciens Romains, et qui l'occupe presque seule, est venu prendre place sous l'influence de l'adoucissement général des mœurs et sous celle aussi du christianisme, un sentiment plus exact des droits et des devoirs véritables, du rôle que doivent jouer les individus dans la société. Les impubères *sui juris* profitent comme les autres de cette évolution.

C'est qu'en effet l'individu ne comptait guère dans la vieille cité romaine. Dans son sein, il n'y a, en principe, qu'un petit nombre de volontés qui aient le droit de se produire, de se manifester juridiquement, de prendre part à la vie sociale ; ce sont celles des chefs de famille, placés à la tête d'une agrégation qu'ils dirigent avec un pouvoir presque absolu. Quand le chef vient à mourir, son fils impubère devient *sui juris*. Il cesse d'avoir une personnalité juridiquement absorbée pour en acquérir une indépendante et propre. C'est une idée qu'on exprime en disant qu'il est *paterfamilias*, eût-il un an, eût-il six mois. Mais, manifestement, il est bien plus *paterfamilias* au point de vue négatif qu'au point de vue positif et actif. C'est-à-dire que s'il cesse d'être *alieni juris*, du moins, n'ayant, par suite de son impuberté, ni femme *in manu*, ni enfants *in potestate*, il ne peut compter, aux yeux de la société romaine, comme un *paterfamilias* véritable, qui représente, outre une volonté indépendante, une volonté dont d'autres dépendent. Il devient complètement un individu au point de vue juridique, mais il n'est que celà, il ne figure pas, dans la société romaine, un véritable chef d'agrégation, remplissant une fonction publique et politique. Aussi, le législateur de Rome,

sans le mépriser, sans le délaisser, n'en fait pas l'unique, ni peut-être même le principal sujet de sa sollicitude. A la mort du chef de famille, sa préoccupation semble se tourner surtout du côté des biens. C'est là un trait saillant de la tutelle romaine, que le tuteur est préposé au patrimoine, et qu'il n'a ni la direction ni la garde de la personne de l'impubère. Car si la personne ne compte pas actuellement pour beaucoup dans la société, le patrimoine, lui, correspond à des intérêts d'ordre supérieur. Il faut le conserver soigneusement dans une famille qui en tire de l'importance, et qui joue souvent dans l'Etat un rôle proportionné à sa fortune.

Cette idée éclate dans les textes avec évidence : il semble qu'on ne puisse parler de tutelle, sans évoquer en même temps l'idée de biens, de succession : « *Uti legassit super pecuniâ tutelâve suâ* » dit la loi des Douze Tables. — « *Ubi emolumentum successionis ibi et onus tutelæ* » disent d'autres textes. Justinien lui-même, à une époque où la tutelle romaine se rapproche davantage de la nôtre, n'hésite pas encore à matérialiser l'institution en constatant que le rôle protecteur des tuteurs est comparable à celui des édiles, qui protègent des édifices. Il ne faut pas croire d'ailleurs, que les textes ne fassent que constater une tendance d'esprit ; ils consacrent des dispositions destinées à appliquer ces tendances. C'est là une première considération qui rend moins surprenante à Rome la pluralité des tuteurs.

Si, en effet, le tuteur est appelé à gouverner tout à la fois la personne et les biens, on conçoit mieux que ses fonctions soient impartageables. L'unité de la personne

ce n'est pas une fiction, c'est un fait, une réalité. Mettre cette personne à la disposition de plusieurs initiatives, c'est risquer de porter une atteinte à cette unité ; et comme cette personne est dans une période de formation intellectuelle et morale, on sent au plus haut degré l'inconvénient de directions multiples, qui seraient presque fatalement contradictoires. Au contraire, il faut bien le dire, l'unité du patrimoine c'est une fiction. Des biens disséminés peuvent, aux yeux de la loi, ne former qu'une seule masse, un être juridique collectif : mais, en fait, ce sont des fonds de terre et des objets parfaitement distincts et on conçoit, quant à chacun d'eux, une administration indépendante. Pratiquement, il peut même être indispensable de décentraliser la gestion, si, par exemple, le patrimoine est très divisé et d'ailleurs considérable. Il y aura alors un tuteur pour chaque cercle de biens et l'administration gagnera en exactitude ce qu'elle perd en étendue (1).

Un second motif, pour lequel la pluralité des tuteurs se comprenait plus aisément à Rome que dans notre Droit français, c'est la différence de situation que les deux législations font à la mère. A Rome la puissance paternelle n'appartient qu'au père ; elle est tyrannique au plus haut point, puisque, s'appliquant à la personne, elle va jusqu'au droit de vie et de mort, et, concernant les biens, elle en comporte l'absorption. Au décès de la mère, si d'ailleurs elle est *in manu*, l'enfant ne perd juri-

(1) Nous verrons en effet qu'à ce point de vue, la pluralité des tuteurs peut donner de bons résultats. Restera la question des inconvénients, que nous avons signalés plus haut, et qu'on s'efforcera de réduire.

diquement qu'une sœur, en vertu de cette fiction qui fait considérer la femme *in manu loco filiæ*. Mais, par contre, au décès du père, cette lourde autorité s'effondre complètement, il n'en subsiste rien, et le nouvel édifice juridique qu'on va construire au-dessus de la tête de l'enfant aura surtout pour but de mettre à couvert ses biens. En Droit français, tout au contraire, si le père, durant le mariage, a seul l'exercice de la puissance paternelle, du moins la jouissance lui en est commune avec la mère. L'autorité à laquelle le mineur est soumis, infiniment moins rigoureuse que celle de Rome, est de nature à se prolonger davantage, puisqu'elle a deux titulaires, et qu'à la mort de l'un, l'autre, par une sorte de droit de non-décroissement, en a seul désormais la jouissance et l'exercice. Etant donnée cette conception nouvelle de la puissance paternelle, on eût très bien compris que la loi ne déclarât pas la tutelle ouverte par le décès d'un seul des époux ; car l'enfant n'est pas abandonné, il a encore un protecteur en même temps qu'un chef naturel. A tort ou à raison, notre Code, contraire en celà à plusieurs législations européennes, en a décidé autrement. Dans sa sollicitude pour l'incapable, il a estimé que la protection du survivant, toute nue et dépouillée du contre poids qu'elle avait dans l'autre époux, cesse désormais d'être suffisante. Il établit donc au-dessus d'elle, un système de rouages qui forme la tutelle. Mais il est déjà bien assez dur d'assigner un contrôle au survivant des père et mère, sans qu'il puisse venir à l'idée de personne de lui susciter un associé dans la haute et première direction du mineur et de son patrimoine. Le

veuf ou la veuve, qu'on aurait pu admettre législativement à prendre ou à conserver l'administration légale, telle qu'elle existait pendant le mariage, s'impose au moins comme tuteur unique, et sa présence suffit à faire taire toutes les compétitions. C'est quelque chose comme une loi monarchique, exclusive de l'idée de pluralité, qui, au décès du père, appelle la mère au gouvernement du mineur ; il s'agit là d'un droit aussi impartageable que celui du prince héritier dans un royaume bien ordonné. A Rome, au contraire, non seulement elle n'est pas installée dans la tutelle, en vertu d'une vocation pour ainsi dire hors ligne, mais elle est traitée, au moins pendant la période classique, avec ce mépris général que le peuple fort profésse pour les femmes. Mais du moment qu'on l'écarte, la pluralité des tuteurs est une conception moins choquante. Lorsqu'un enfant naît dans une famille romaine, on est sûr qu'au décès de son père, personne ne présentera à sa tutelle en vertu du titre véritablement exceptionnel qui consiste à avoir partagé la puissance s'exerçant sur lui pendant le mariage. Dès lors, aura-t-il un seul tuteur, en aura-t-il plusieurs? Celà dépendra du père ou du magistrat, dont le choix ne se heurte pas à une vocation décisive, et qui pourront faire preuve de sagesse, soit qu'ils prennent l'un, soit qu'ils prennent l'autre parti, suivant les circonstances. Celà dépendra quelquefois aussi du hasard, selon qu'il aura ordonné la famille civile de l'impubère. Aussi sommes-nous naturellement amenés à dire quelques mots des tutelles légitimes.

Le rôle particulier, que jouent ces tutelles dans le droit

classique nous semble renfermer le troisième motif pour lequel la pluralité des tuteurs fut si fréquente à Rome. D'après notre Code civil, on appelle légitime une tutelle qui n'a pas d'autre but que les autres, et qui leur ressemble d'ailleurs, sauf qu'elle est déférée d'après l'ordre de la loi, et non suivant l'indication du survivant des père et mère ou du conseil de famille.

En Droit romain, les tutelles légitimes — car nous verrons qu'il y en a de plusieurs sortes — présentent ceci de particulier qu'elles sont déférées dans l'intérêt du tuteur, ou, pour parler avec plus de précision, fondées sur la vocation du tuteur à la succession légitime.

On voit d'ailleurs le lien de cette idée avec celle que nous avons développée en premier lieu. Mais comme on conçoit très bien que plusieurs personnes soient appelées en même temps à une même succession, voilà une cause toute trouvée de pluralité de tuteurs. — Pourtant, elle n'a pas joué un bien grand rôle en Droit romain. La tutelle légitime — celle des agnats, du moins — ne fut jamais vue de très bon œil. On se rendait compte de ses vices; on trouvait déplacé qu'elle fût déférée sans aucun examen de l'aptitude individuelle du tuteur, et sur le seul fondement de sa qualité d'agnat; qu'elle aboutît à faire des frères impubères, enfants en bas âge, tuteurs les uns des autres (1). Aussi non-seulement la loi des Douze Tables subordonne-t-elle la vocation des agnats à l'absence de tu-

(1) Cette situation paraît tout particulièrement choquante, quand on songe que la mère de ces enfants, quelle que soit sa valeur morale, est écartée systématiquement de la tutelle.

teur testamentaire (Gaïus § 135), mais on décide qu'aussi longtemps qu'on pourra espérer de tuteur testamentaire, il n'y aura pas de tuteur légitime (L. 11 pr, *De testam tut.*) Il est facile de voir, du reste, que la loi des Douze Tables en plaçant à côté de l'institution le moyen pratique de la rendre inutile, et le préteur, en combattant la tutelle légitime par les habiletés qui lui sont familières, n'ont pas obéi au même mobile. Tandis que l'une se préoccupe de rendre un dernier hommage à la puissance paternelle en lui assurant une sorte de prolongation, l'autre a surtout en vue de corriger un système dont l'expérience a fait sentir les défauts.

La situation faite aux impubères affranchis, fondée d'ailleurs sur l'idée précédente que la tutelle est un véritable droit, lequel se lie au régime successoral, cette situation comporte très bien la pluralité des tuteurs. La tutelle est un droit pour le patron affranchissant ; il est clair que s'ils sont plusieurs, si l'esclave était dans l'indivision, le fait de son affranchissement pendant qu'il est encore impubère lui donnera plusieurs tuteurs. Le même résultat se produit si le patron unique meurt laissant un certain nombre de descendants.

En quatrième lieu il faut songer qu'à Rome l'inexistence du conseil de famille, de cette autorité de contrôle, de ce comité de surveillance, auquel un tuteur français est soumis, a pu rendre utile et même nécessaire la nomination de plusieurs tuteurs à un même pupille (1).

(1) Les Romains ne connaissent pas non plus l'institution du subrogé-tuteur.

Mais pour l'intelligence de cette idée, il est bon, je crois, d'examiner d'abord comment on peut concevoir en législation pure, et comment les Romains semblent avoir compris le rôle que plusieurs tuteurs peuvent être appelés à jouer par rapport les uns aux autres et par rapport à l'impubère.

On peut d'abord concevoir, dans l'hypothèse que nous avons déjà indiquée, celle d'un patrimoine considérable, un tuteur distinct, indépendant des autres et responsable de sa seule gestion, pour chaque masse de biens, située sur un territoire ou dans une province déterminés. Il serait vrai alors de dire qu'il n'y a pas seulement pluralité de tuteurs, mais encore pluralité de tutelles. Et il paraît évident que, dans cette combinaison, il ne doit se présenter aucune exception au droit commun : chaque tuteur serait traité exactement comme si le mineur n'avait d'autres biens que ceux confiés à sa gestion, et le règlement du compte à intervenir entre le pupille et lui ne recevrait aucune atteinte de cette considération qu'au lieu d'un, c'est deux, quatre, dix comptes peut-être qu'au jour de sa puberté l'enfant se trouve en droit d'exiger.

Les avantages de ce système consistent, comme nous l'avons déjà dit, dans une décentralisation qui permet de donner à chaque tuteur une tâche plus limitée et surtout plus d'accord avec ses goûts, ses habitudes, sa profession, sa résidence. Les inconvénients sont l'absence d'unité dans la gestion et la multiplication des chances de dissipation et d'insolvabilité, puisqu'au lieu d'un, c'est trois ou quatre tuteurs honnêtes et sûrs qu'il faut trouver. Comme chacun n'est tenu strictement que de ses faits, qu'il se

trouve dispensé de surveiller les autres, que les responsabilités sont purement individuelles, la faute ou le dol d'un seul des tuteurs, s'il est insolvable, portera un préjudice définitif au patrimoine du pupille. Ces dangers étaient trop graves pour échapper à la perspicacité des Romains. Aussi n'admirent-ils jamais dans toute sa pureté le système auquel je viens de faire allusion. Ils reconnurent bien au père de famille et au magistrat éclairé par une enquête, le droit de diviser le patrimoine en fractions, dont chacune devait être administrée par un tuteur indépendant. Mais dans cette combinaison, la plus hardie que les jurisconsultes aient proposée dans la voie de la séparation des pouvoirs tutélaires, chaque tuteur est jusqu'à un certain point responsable de la gestion des autres, puisqu'il est tenu de provoquer, le cas échéant, leur destitution comme suspects (L. 2. C. *De dividendâ tutelâ*).

Un autre système, diamétralement opposé à celui-là, consisterait à confier la gestion indivise du patrimoine à plusieurs tuteurs, chacun ayant personnellement qualité pour faire valablement et à lui seul les divers actes de l'administration, comme s'il n'avait pas de collègues. On ne trouve ici aucune garantie d'unité, aucun des avantages non plus de la décentralisation. Les inconvénients grossissent encore si l'on veut bien se dépouiller de nos idées françaises sur la tutelle, et si on l'envisage telle qu'elle était à Rome, avec la théorie de l'*auctoritas* (1).

Aussi une pareille combinaison ne mériterait pas même d'être signalée, si elle n'offrait des garanties capi-

(1) Toutes ces idées trouveront plus loin leur développement naturel.

tales au point de vue de la responsabilité des tuteurs. La tutelle étant indivise, chacun de ses gérants se trouve solidairement responsable de la conduite des autres; de sorte que si un seul est solvable, quand même tous les autres se seraient ruinés eux-mêmes et auraient ruiné le pupille, ce dernier trouve toujours à se venger sur les biens de quelqu'un. Aussi, de collègue à collègue, la surveillance sera-t-elle étroite, et chaque tuteur pris isolément se trouve en réalité entouré d'un conseil, d'un comité de contrôle formé par l'ensemble des autres tuteurs. Avec un pareil système l'impubère *sui juris* romain se trouvera encore mieux garanti que le mineur français, car la responsabilité de chacun des co-tuteurs est sensiblement plus lourde que celle d'un membre de conseil famille telle que la détermine notre droit civil.

Il est clair qu'en fondant l'une dans l'autre ces deux théories et en prenant à chacune d'elles ce qu'elle a de bon, les Romains ont dû arriver à une sorte d'alliage heureux : c'est l'aspect sous lequel va se présenter le plus communément la pluralité des tuteurs. Je ne voudrais pas anticiper sur des développements qui ont leur place marquée ailleurs, mais je tiens à signaler les traits saillants d'un troisième système, qui paraît digne de rallier tous les suffrages: 1° la gestion confiée à un seul des tuteurs, ce qui donne satisfaction au principe de l'unité; 2° la responsabilité des autres plus ou moins fortement consacrée suivant des distinctions qui seront établies par la suite. Dans ces conditions, il est aisé de voir que la tutelle romaine se rapproche de la nôtre, que les rouages des deux institutions diffèrent moins au fond qu'en la

forme, et qu'une sorte de conseil de famille a pu exister à Rome, au point de vue du moins de la surveillance et de la responsabilité (1). Celle-ci, du reste, doit être d'autant plus étroite, et celle-là plus jalouse, que le droit de l'époque s'inspire de plus de sévérité.

A ces causes générales qui semblent avoir porté les Romains à donner souvent plusieurs tuteurs au même pupille, il convient d'en ajouter une cinquième, qui, pour se présenter sous un aspect moins juridique, ne nous paraît pas avoir été sans influence sur cette matière.

Cette raison, c'est que le Droit romain n'est pas ennemi de la complication. Un principe une fois posé, quelles que soient les difficultés d'application théorique ou pratique qu'il soulève, le jurisconsulte du droit classique ne s'en émeut pas, ne cherche point à secouer un joug incommode, mais s'arrange toujours de façon à témoigner à la règle un respect de forme, tout en mettant sa finesse au service de l'équité. A l'origine, il ne faut voir dans cette manière de procéder qu'un trait du génie conservateur des Romains : puis peu à peu elle devint une tradition, en sorte qu'à la pente naturelle des esprits vînt se joindre la force de l'habitude. Les tutelles testamentaire et légitime qui découlent expressément ou au moins virtuellement du texte des Douze Tables, et la tutelle dative ou atilienne, qui paraît bien avoir été organisée sous

(1) Mais il est clair que le tuteur romain qui gère à l'exclusion des autres n'aura pas à demander à ceux-ci leur autorisation pour accomplir certains actes juridiques. De cè côté-là, les deux tutelles n'ont aucun point de contact.

la République, comportent toutes très bien la pluralité des tuteurs. Avec la manière un peu radicale dont nous comprenons la législation et qui nous fait trouver tout naturel qu'une loi soit complètement abrogée après dix ans d'existence, nous ne serions pas étonnés de voir une disposition de l'époque classique condamner officiellement et définitivement cette idée de pluralité. Car il est certain qu'elle offre des inconvénients, les uns immédiats, et nous en avons dit un mot, les autres détournés, et qui consistent précisément dans les complications et notamment les recours que cette pluralité fait naître. Mais les Romains ne sont pas pressés d'abolir. Leurs jurisconsultes ne demandent pas à être déchargés du soin d'avoir à trancher des cas difficiles. Au contraire, cette difficulté même c'est leur élément : c'est tout au moins pour eux l'occasion de faire briller leur incontestable supériorité d'argumentation et d'analyse. Dans toute cette théorie de la tutelle, même en faisant abstraction du cas où il y a plusieurs tuteurs, que de réformes nous semblent avoir été tout indiquées, au nom de la simplicité, qui s'accorde bien souvent, il faut le dire, avec les véritables intérêts de l'impubère! Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, le père peut déférer la tutelle à un absent, à un prodigue, à un fou. Avouons qu'un droit moins subtil eût déclaré radicalement nulles de telles nominations : la volonté d'un père cesse d'être respectable quand elle s'exerce dans de telles conditions d'originalité. A Rome, au contraire, la vocation est régulière en principe, parce que ni la folie, ni l'absence, ni la prodigalité ne font perdre à l'individu désigné la *factio testamenti* avec le défunt. Seulement, ce

singulier tuteur n'entrera en fonctions que lorsque l'obstacle de fait aura cessé. Il en résulte que si, par hasard, l'évènement justifie les prévisions du père, on arrive à ce résultat incontestablement mauvais de placer les biens de l'enfant sous des administrations successives. On comprend d'autant moins cette combinaison qu'à Rome la tutelle finit de très bonne heure. Mais le grand souci des jurisconsultes consiste, dans ce cas, à savoir si la disposition vaudra en l'absence d'une réserve du testateur, par exemple : *quùm furere desierit*. Même genre de controverse s'il s'agit d'un esclave. Si le père lui défère la tutelle, la disposition vaudra-t-elle en l'absence de la condition expresse : *quùm liber erit*; faut-il distinguer entre le *servus proprius* et le *servus alienus*? On aimerait à voir ces discussions, qui concernent si directement la tutelle, éclairées et dominées par la considération générale des intérêts de l'impubère. Et certainement, si on faisait intervenir cette idée dans la controverse, en lui attribuant le poids qu'elle mérite, on arriverait à tout terminer par des solutions simples. Mais on ne pourrait quelquefois acheter cette simplicité qu'au prix d'une injure faite à quelque ancien principe, et c'est là un résultat auquel le Droit romain est doublement hostile, et parce qu'il tient à ses principes, et parce qu'il ne tient pas à la simplicité. Justinien lui-même, qui a apporté à la tutelle certaines améliorations, semble n'avoir pas été assez hardi dans la voie des réformes.

Rien d'étonnant, par conséquent, à ce que la pluralité des tuteurs n'ait pas éveillé les appréhensions des jurisconsultes romains. Cette idée nous choque, elle contrarie

les humbles aspirations du bon sens, en ce qu'elle éveille immédiatement la crainte de complications, de difficultés, de règlements pénibles. C'est précisément par les mêmes motifs qui nous la font repousser qu'elle a paru admissible, et jusqu'à un certain point favorable à Rome. Par où l'on voit que cet aspect particulier, sous lequel nous allons envisager plus en détail la tutelle romaine, répond non-seulement à ce qu'on peut appeler les nécessités de cette législation, mais encore à ses tendances intimes, à la tournure d'esprit des hommes qui l'ont façonnée.

L'étude à laquelle nous venons de nous livrer suffit à faire comprendre que cette circonstance particulière, la pluralité des tuteurs, a dû se rencontrer dans toutes les tutelles que connaissait le Droit romain. Nous allons maintenant examiner chacune d'elles en particulier, et donner la solution des difficultés qui se rapportent aux différents cas.

ÉTUDE DÉTAILLÉE DES DIFFÉRENTS CAS OU UN PUPILLE ROMAIN PEUT AVOIR PLUSIEURS TUTEURS

1° DES TUTELLES TESTAMENTAIRES

Le tuteur testamentaire est, dans l'ancien droit romain, celui que le père désigne régulièrement à ses descendants impubères. Cette délation apparait donc comme le suprême attribut de la puissance paternelle, se survivant pour ainsi dire à elle-même, et elle est en principe aussi affranchie d'entraves que l'importante autorité à laquelle elle sert de corollaire. Le père est bien lié par les règles générales touchant l'incapacité en matière de tutelle (1). Mais quant au nombre des tuteurs, on n'aperçoit pas de limite à laquelle il doive s'arrêter. De même qu'il peut, laissant plusieurs enfants, désigner un tuteur à ceux-ci, sans nommer personne pour ceux-là, de même il peut, en cette hypothèse, n'indiquer qu'un tuteur pour tous, ou un

(1) Voir p. 25.

tuteur à chacun. Il n'est pas douteux non plus que, ne laissant qu'un seul enfant, il ne lui désigne valablement soit un tuteur, soit plusieurs (1). Ce sont là des points incontestables, et le début du Titre 13, livre 1er, *de Tutelis* aux Institutes, montre, par les termes absolument généraux qu'il comporte, qu'au temps de Justinien la règle n'avait pas changé. *Permissum est itaque parentibus liberis impuberibus quos in potestate habent, testamento tutores dare* (2)...

Le droit du père ne va pas seulement jusqu'à nommer autant de tuteurs qu'il veut : il est maître, en principe, de donner à la tutelle l'organisation qui lui convient, de la construire sur un des trois types que nous avons indiqués, c'est-à-dire qu'il peut : 1° soit la laisser indivise entre les tuteurs ; 2° soit nommer un gérant, les autres tuteurs étant honoraires : 3° soit enfin assigner aux tuteurs des parts divises : à l'un les biens d'Afrique, à l'autre ceux de Syrie, etc.

Je pourrais, au besoin, me contenter de fonder cette règle sur le texte des Douze Tables : *Uti legassit super pecuniâ tutelave suâ, itâ jus esto,* mais on en trouvera, au cours de cette étude, une foule d'autres, en présence desquels le doute n'est pas possible.

Cependant, on pourrait attaquer la troisième combinaison par la production du texte des Institutes « *Certæ* « *autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia perso-*

(1) Accarias. Précis de Dr. romain, t. I. p. 297.

(2) La liberté du père de famille reste absolue à cet égard quand bien même il aurait exhérédé tout ou partie des descendants à qui il nomme des tuteurs.

« *næ non causæ vel rei tutor datur* (1) » et par ceux-ci : « CERTARUM RERUM *vel causarum tutor dari non potest,* « *vel deductis rebus* (2) » « *Quia personæ non* REI *vel causæ* « *datur* (3). »

Quand un tuteur est donné aux biens d'Afrique, l'autre aux biens d'Asie, ne peut-on pas dire que chacun est affecté à une *certa res* ? Et que par conséquent la délation de la tutelle est nulle ? Il paraît bien que non, car un quatrième texte, qui vient immédiatement, nous dit : « *Si tamen tutor detur rei africanæ, vel rei syriaticæ, utilis* « *datio est ; hoc enim jure utimur* (4). »

Reste à faire la conciliation et à expliquer la pensée des jurisconsultes romains.

D'après une interprétation véritablement classique, la règle *Tutor personæ datur* se réfère à la notion de l'*auctoritas*. Elle signifie que bien que la tutelle romaine ait été organisée surtout en vue du patrimoine, la gestion de ce dernier n'est pas la partie saillante de la fonction du tuteur. (5) La preuve c'est que pendant longtemps celui-ci

(1) § 4. *Qui testamento tut.*
(2) Ulpien, L. 12. *De test. tutela.*
(3) Marcianus *L.* 14, *eod. tit.*
(4) Ulpien *L.* 15, *eod. tit.*
(5) Il faut bien avouer qu'il semble y avoir là des idées contradictoires. Puisque c'est surtout en vue des biens que le législateur organise la tutelle, on aurait très bien compris que la personne du mineur disparût — jusqu'à sa puberté — de la scène juridique. Mais c'eût été le triomphe du principe de représentation, pour lequel le Droit romain a une répugnance marquée. Aussi est-il étrange de voir cet impubère, dont l'intérêt est pourtant relégué au second plan, appelé comme partie principale à l'exécution de certains actes juridiques auxquels, le plus souvent, il ne comprendra rien ; tandis que le tuteur, dont le rôle devrait être prépondérant et même absorbant, étant donné l'intérêt social qu'il représente, ne figure que comme partie jointe.

ne fut pas forcé d'administrer. Mais la fonction tutélaire prise dans son essence, c'est le droit d'apporter au pupille le complément de capacité qui lui manque, d'ajouter à certaines manifestations de sa volonté quelque chose sans quoi elles n'auraient juridiquement pas d'effet. « Quel est, « dit M. Ch. Maynz, le vrai sens de la règle *tutor personæ* « *datur* ? Le pupille est frappé d'incapacité par rapport « à un grand nombre d'actes de la vie civile. Sa *persona* « est incomplète à cet égard, et c'est pour compléter cette « *persona* que le tuteur est donné au pupille... C'est « donc à l'ensemble des rapports juridiques du pupille « — car c'est là ce qui constitue la *persona* — que le tu- « teur est donné, et c'est par là qu'il diffère du cura- « teur. »

Etant donnée cette notion de l'*auctoritas*, on peut expliquer les textes qui prohibent de désigner un tuteur *certæ rei* ou *deductis rebus*. Ils signifient que le testateur ne pourrait pas dire « *Titius fundo Corneliano tutor esto* » ou bien « *Titius tutor esto, præter quòd ad fundum Cor- « nelianum attinet.* » En effet, comme l'affirme très bien M. Maynz, la *persona* c'est l'ensemble des rapports juridiques du pupille, lesquels peuvent naître à propos d'une fraction quelconque du patrimoine. Si donc une de ces fractions est mise en dehors du patrimoine, que ce soit le fonds Cornélien, ou que ce soit tout, à l'exception du fonds Cornélien, il n'est plus exact de dire que le père a pourvu à compléter dans son ensemble la *persona* de son fils, ni par conséquent à lui donner un véritable tuteur. Car la *persona* ne saura où trouver le complément de capacité qui lui manque, s'il s'agit d'accomplir un acte ne

se rapportant pas à la fraction du patrimoine pour laquelle a été nommé un semblant de tuteur.

Au contraire, si la disposition est conçue dans les termes dont parle Ulpien à la loi 15 « *Tutor detur rei africanæ, vel rei syriaticæ* » — et en supposant, bien entendu, que le patrimoine consiste tout entier dans la somme de ces deux *res*, rien ne fait plus échec à la règle *Personæ tutor datur*. Car l'*universum patrimonium* est bien englobé dans la délation de la tutelle ; il n'est pas un rapport juridique, intéressant le pupille, qui ne puisse désormais se former ; l'unité et l'indivisibilité de sa *persona* ne reçoivent aucune atteinte (1).

(1) Je ne dirai qu'un mot du tuteur *certæ causæ*. Les textes ne nous indiquent que le magistrat comme ayant le droit d'en nommer un. Cela tient à leur caractère pour ainsi dire accidentel. La plupart du temps il n'y aura lieu de désigner un tuteur *certæ causæ* qu'en face d'un conflit d'intérêts entre le tuteur véritable et son pupille. Du reste, on est bien obligé de nommer aussi des tuteurs *certæ causæ* lorsque des frères impubères sont tuteurs légitimes les uns des autres.

Telle est, si je l'ai bien comprise, l'explication que donnent les auteurs de la règle *tutor personæ datur*, et de sa combinaison avec divers autres textes. Mais on me permettra de trouver qu'elle n'apporte pas à l'esprit une pleine lumière. En effet, on part de cette idée que le tuteur romain, comme un dieu célèbre de l'antiquité, présente deux faces : celle par laquelle on l'aperçoit *auctor*, celle par laquelle il se manifeste gérant. On fait même remarquer que ce sont là des aspects absolument différents et que le premier seul caractérise le tuteur. Comme gérant, je conçois très bien que les fonctions du tuteur soient partageables, qu'il puisse avoir des collègues. Mais comme *auctor* ? Il me semble qu'il faut choisir entre deux partis extrêmes. Ou bien dire que l'*auctoritas* est impartageable, et cela me semblerait plus juridique : car enfin le pupille autorisé, qui constitue une *persona* complète, se compose juridiquement de deux éléments, celui qui lui est propre et celui qu'il emprunte à son tuteur. Or puisque le premier de ces éléments est nécessairement *un*, je ne vois pas pourquoi l'autre ne le serait pas aussi. — Ou bien dire que l'*auctoritas* peut appartenir divisément à plusieurs, mais alors quelle raison de distinguer entre le cas où la tutelle est déférée seulement *certæ rei*, et celui où elle englobe toutes les *certæ res* qui constituent le patrimoine ? C'est, dit-on, parce que, nommé seulement *certæ rei*, le tuteur ne pourra pas fournir

Ainsi, en principe, la volonté du père sera suivie d'effet soit en ce qui concerne le nombre, soit en ce qui concerne les fonctions respectives des tuteurs par lui désignés. Mais, sur ce second point, il convient de faire les réserves suivantes.

son *auctoritas* aux actes qui intéressent le reste du patrimoine ? Soit, mais est-ce une raison pour annuler sa nomination ? Puisque l'*auctoritas* est divisible, pourquoi le magistrat ne nommerait-il pas un tuteur à cette autre fraction du patrimoine, en sorte que désormais il ne fût pas un acte pour lequel le pupille ne pût être autorisé ? On objectera qu'il serait bizarre que deux tuteurs d'un même pupille fussent l'un testamentaire, l'autre datif? C'est pourtant bien ce qui se produit lorsque dans un groupe de tuteurs nommés par le père l'un vient à mourir, à être écarté, ou à invoquer une excuse. Et puis, n'y a-t-il pas une bien autre *inelegantia juris* à dire que le tuteur ne peut pas autoriser des actes relatifs à une fraction du patrimoine qu'il ne gère pas ? Si le tuteur *auctor* est un personnage si différent du tuteur *gérant*, pourquoi prétend-on lui interdire, comme *auctor*, de pénétrer dans la fraction du patrimoine qu'il n'est pas chargé d'administrer? Les Romains sentaient si bien la valeur de cette considération qu'ils admettaient, pour les tuteurs légitimes, le principe de *l'auctoritas indivisible*, en ce sens que tous devaient se réunir pour la donner, et que le défaut d'un seul rendait l'opération nulle. Il en résultait forcément, en cas de division de gestion entre les co-tuteurs, une invasion réciproque, et il faut le dire, rationnelle, dans le cercle pour ainsi dire administratif que s'était assigné chacun. Seulement, cette combinaison, la seule conforme aux principes, avait le léger défaut d'être impraticable. Comme nous le verrons plus tard, elle fut répudiée de très bonne heure en faveur des tuteurs testamentaires, et Justinien donna un caractère de généralité à cette réforme. Il en résulte que, dans le dernier état du droit, à l'exception d'un cas, l'adrogation de l'impubère, *l'auctoritas* de chaque tuteur, si l'administration avait été divisée, était aussi bien fractionnée et localisée que cette administration elle-même. C'est peut-être par là qu'il eût fallu commencer ; mais alors la règle *Certæ rei* n'a plus de sens raisonnable. D'où viennent, en résumé, les obscurités de cette difficile matière ? De l'acharnement des Romains à écarter l'idée française de représentation de la personne du pupille. Dès lors ils dédoublent le tuteur en un *auctor* et un *gestor*, sans prendre garde qu'il n'y a dans tout cela qu'une question de mots et une affaire de procédure. Si l'on veut arriver à une tutelle pratique, il faut bien que chacun soit *auctor* dans les mêmes limites qu'il est *gestor*, et il faut avouer aussi que dès qu'on divise l'*auctoritas*, elle tombe rapidement de son piédestal de grande institution (théorique). Qu'elle ait constitué le caractère original, l'attribut essentiel du tuteur romain, c'est possible, Mais quant au tuteur *pratique*, véritablement son rôle est surtout dans la gestion.

En général le tuteur, et par conséquent les tuteurs testamentaires, n'ont pas besoin d'être confirmés par le magistrat, quand du moins leur nomination est régulière. On sait même qu'avec le temps cette régularité finit par être entendue d'une manière moins étroite (1). Mais, en dehors des cas où l'application des principes ordinaires fait exclure un tuteur, il en est un, particulier à notre matière, où le magistrat est appelé à exercer un droit de contrôle sur la décision du père. C'est l'hypothèse, à laquelle nous avons deja fait allusion, où le père, ayant nommé plusieurs tuteurs, a désigné l'un d'entre eux pour gérer, à l'exclusion des autres. En d'autres termes, il a organisé une sorte de conseil de famille, ou plus exactement de surveillance, en la personne de plusieurs tuteurs dits *honorarii,* chargés surtout de surveiller celui qui gère. Un texte (L. 3 § 1 et 3, *De Administ. et periculo tutorum*) décide en effet que si ce choix porte l'empreinte d'une étourderie manifeste, ou si ultérieurement il s'est produit quelque circonstance qui, connue de lui, aurait dû faire changer sa volonté, cette désignation n'aboutit pas. Il est probable que le préteur nommera le remplaçant parmi les autres tuteurs testamentaires, mais le texte ne nous dit pas qu'il y soit obligé (2).

En dehors de cette hypothèse il y aura nombre de cas où l'organisation que le père a imaginée et réglée pour la tutelle de ses enfants, se trouvera modifiée, soit dans ses éléments personnels, soit dans ses éléments réels.

(1) L. 1 § 1 ; l. 3 *De Conf. tutela.*
(2) Du reste Ulpien ne fait que citer des exemples. La courte énumération que nous donnons d'après lui n'est donc pas limitative.

Il se peut d'abord qu'un des individus désignés ne puisse ou ne veuille être tuteur, en vertu des causes généralement connues sous les noms d'incapacité et d'excuse. Y aura-t il lieu alors de lui désigner un remplaçant, de remplir le vide qu'il laisse dans l'ensemble du plan dressé par le père ? C'est bien ce que paraissent décider les textes (1). Observons d'ailleurs que le décès ou l'incapacité, ou l'admission de l'excuse d'un ou de plusieurs tuteurs testamentaires ne donnent pas ouverture à la tutelle des agnats.

Il se peut aussi que tous les tuteurs étant vivants, capables et acceptants, ils prennent entre eux tels arrangements licites qui contrarient les prévisions du père. Si celui-ci n'a pas pris la précaution de diviser lui-même la gestion, ou s'il n'a pas désigné le tuteur qui devrait administrer à l'exclusion des autres, les tuteurs peuvent, de leur initiative privée ou sur l'invitation du magistrat, adopter l'une ou l'autre de ces combinaisons. Nous verrons quel en sera le résultat et les distinctions qu'il convient de faire, dans la partie de ce travail qui concerne plus spécialement le fonctionnement de la tutelle.

Mais nous savons que la tutelle testamentaire ne se présente pas à Rome que sous la forme que nous venons d'envisager. Il importe de passer en revue les autres cas.

La tutelle testamentaire a son fondement dans la loi des Douze Tables. « *Uti legâssit super pecuniâ tutelâve suâ, itâ « jus esto.* » Pris à la lettre, ce texte conduirait à décider que le tuteur n'administre pas tous les biens acquis par

(1) L. 11 § 4. *De test. tut.* — Gaius 1 § 182.

le pupille après la mort de son père, mais seulement ceux provenant du patrimoine de celui-ci. Mais la doctrine romaine n'a pas poussé si loin l'idée que la protection tutélaire concerne surtout la fortune, et qu'elle est comme l'accessoire du patrimoine transmis. Il est donc évident que si par donation, invention, occupation, de nouveaux biens entrent dans le patrimoine de l'incapable, il n'y aura pas lieu de désigner pour eux un nouveau tuteur, mais celui nommé par le père en aura l'administration. Seulement, la face des choses peut bien changer si l'on suppose que c'est par succession que le pupille acquiert ces nouveaux biens.

On sait, en effet, que, dans le dernier état du droit tout au moins, ce n'est pas seulement le testateur investi de la puissance paternelle, mais aussi la mère qui peut désigner un tuteur. Ce tuteur aura, du reste, toujours besoin d'être confirmé sur enquête. La nomination de plus n'est valable, au moins d'après l'opinion qui paraît dominante (1) qu'en supposant l'enfant institué par la mère. Mais il est évident qu'au jour où cette tutelle s'ouvre, il en existe déjà une autre : car on ne donne pas de tuteur à un impubère en puissance, il faut qu'il soit *sui juris*. Le nouveau tuteur dessaisira-t-il l'ancien que nous pouvons supposer nommé par le père (2)? Evi-

(1) Voir M. Accarias. Traité de Droit romain, tome I[er], p. 303, note 3.

(2) Outre les principes, qui s'opposent à ce dessaisissement, on peut tirer un argument d'analogie de la loi 4 au Code *de confirmando tutore*. Cette loi vise une hypothèse très voisine de celle-ci : il s'agit du tuteur nommé par le père naturel à l'enfant issu *ex concubinatu* ; et cette loi nous dit formellement : « *In* « HIS REBUS *quas quocumque modo eis dederint vel reliquerint*, *et tutorem eis reli-* « *quere*. »

demment non. Mais il ne sera pas non plus dessaisi par lui, en sorte qu'à partir de ce moment l'enfant sera placé sous deux tutelles, ayant pour ligne de démarcation celle qui tranche l'origine des biens. Voilà un nouveau cas, véritablement original et propre au Droit romain, où le même pupille pourra avoir plusieurs tuteurs. Du reste, si l'enquête qui doit précéder la confirmation du tuteur désigné par la mère n'est pas favorable, rien n'empêcherait, pensons-nous, le magistrat, de charger de la gestion des nouveaux biens celui qui est déjà en exercice. C'est même ce qui a dû arriver souvent lorsque ce dernier avait déjà donné des preuves de son intégrité et de son entente des affaires. Dans un même but de simplification, nous pensons que le second tuteur, s'il est confirmé, pourra s'entendre avec le précédent, soit pour que l'un des deux seulement ait la gestion de toute la masse des biens, soit pour qu'il soit procédé à une autre division de gestion qui leur paraîtrait plus commode. Mais il va sans dire que cet arrangement est pour le pupille *res inter alios acta*, et que ses droits restent tels qu'ils existaient antétérieurement.

Nous savons aussi (L. 4 *de Conf. tut.*) qu'un testateur étranger à l'impubère peut, en l'instituant, lui nommer un tuteur, à la condition d'ailleurs que l'enfant n'ait pas de biens en dehors de ceux que cette institution lui procure.

Il ne saurait donc être question ici d'une double masse de biens. Pour l'instant, il n'y en a qu'une, celle qui vient du testateur étranger, et qui sera administrée par le tuteur qu'il a désigné. Mais si, par la suite, de nouveaux biens

adviennent à l'enfant, leur gestion devra être confiée à l'autre tuteur (1), à celui qui a dû être nommé au jour même où l'impubère en question est devenu *sui juris* ; avec cet accroissement de fortune, nous nous trouvons en présence d'une hypothèse absolument analogue à la précédente, et à laquelle s'appliquent les mêmes observations (2).

Terminons cette matière en disant que si la confirmation du tuteur testamentaire, dans les cas où elle est exigée, n'est pas obtenue, rien n'empêche le magistrat de déférer néanmoins la tutelle *dative* à l'individu dont il s'agit. Mais il sera dès lors traité en tuteur atilien, et nous verrons qu'au point de vue de l'*auctoritas*, il y a là plus qu'une différence de mots.

2° DES TUTELLES LÉGITIMES

On sait que la tutelle légitime se présente, en Droit romain, sous diverses formes. Mais quel que soit son titulaire, on peut dire que c'est dans son intérêt que la tutelle est déférée. D'un autre côté tout le mécanisme de cette

(1) A moins, bien entendu, qu'ils n'adviennent par voie de succession testamentaire, et que cette libéralité ne soit accompagnée d'une *datio tutoris*.

(2) La nouvelle législation relative aux posthumes permet au père de famille de nommer valablement des tuteurs testamentaires dans des cas où, suivant la rigueur de l'ancien Droit, une telle nomination eût été nulle. Dans cette hypothèse, la circonstance qu'au lieu d'un, c'est plusieurs tuteurs testamentaires qui ont été nommés ne paraît pas soulever de difficultés spéciales.

institution repose sur une corrélation entre ce qu'on appelle l'*onus tutelæ* et l'*emolumentum successionis*. Partant, il est aisé de voir que c'est surtout dans les tutelles légitimes que la pluralité des tuteurs a dû être un fait fréquent (1). D'une part, il ne peut pas être question ici, ou du moins la question n'a qu'une importance secondaire, de l'intérêt que pourrait avoir le mineur à l'unité de gestion, puisque c'est un autre intérêt qui figure en première ligne. D'autre part rien n'est plus fréquent, dans les successions, que la communauté de vocation entre plusieurs ayant-droit. Nous nous trouvons ici en face d'un point de vue absolument propre à la tutelle romaine.

Le type de la tutelle légitime à Rome, c'est la tutelle légitime des agnats. Nous n'avons à nous occuper ici ni des causes qui lui donnent ouverture, ni des modifications profondes qu'elle a reçues avec le temps, et qui ont fini par en faire une tutelle de cognats. Quels seront, d'autre part, les pouvoirs et par conséquent la responsabilité de chacun des tuteurs légitimes, ce sont des points qui rentrent dans une autre partie de cette étude. Il nous suffit ici d'envisager rapidement la situation même d'où naît cette pluralité.

Cette situation est fort simple : elle suppose qu'au lieu d'un seul agnat au degré le plus proche du pupille, il s'en trouve plusieurs : ainsi un impubère qui a pour agnats en première ligne un oncle paternel et un neveu issu d'un frère prédécédé sera sous la tutelle de l'un et

(1) Mais nous rappelons d'autre part que les Romains donnaient le moins souvent possible ouverture à la tutelle légitime.

de l'autre. Si l'on suppose trois frères en bas âge, ils se serviront réciproquement de tuteurs. Cette bizarrerie résulte du moins du jeu des principes. Justinien, comme on sait, remania profondément la tutelle, lui apporta un perfectionnement incontestable au point de vue moral, et fit cesser d'une manière officielle cette singularité en particulier (L. 5, C. *De legitimâ tutelâ*). Mais il est permis de croire que les pères de famille romains ne lui laissaient que bien rarement l'occasion de se produire, et que si leur négligence aboutissait à ce déplorable résultat, le droit classique considérait en fait l'impuberté comme une cause d'incapacité, même s'il s'agissait de tuteurs légitimes.

Nous avons pris soin de dire en fait, car, jusqu'à Justinien, il n'y a pas d'autre cause d'incapacité, en matière de tutelle légitime que celle qui dérive du sexe. De ce côté là, Justinien fut plus large que le Droit classique et admit la mère et la grand'mère à cette sorte de tutelle, sous des conditions qu'il est inutile de rapporter ici. Par contre, il déclara incapables trois classes de personnes qui jusque là n'étaient considérées que comme excusables ; les mineurs de vingt-cinq ans, les soldats, les évêques et les moines. Dans tous les cas, et à quelque époque du Droit romain qu'on veuille se placer, il n'y a pas lieu ici, comme dans la tutelle testamentaire, de faire désigner par le magistrat un remplaçant à celui ou à ceux des parents les plus proches qui sont atteints d'une incapacité. Il s'agit, en effet, d'un droit plutôt que d'une charge, droit qui ne s'ouvre, du reste, qu'à certaines conditions. Si une de ces conditions vient à défaillir (c'est la *non-in-*

capacité dans l'espèce) ce droit ne s'ouvre pas, et il ne saurait être question de le transférer, soit aux héritiers de l'incapable, soit à toute autre personne dont l'autorité publique ferait la désignation. Il y a pour ainsi dire non-décroissement du droit de tutelle au profit de chacun des agnats les plus proches en degré, qui voit les autres successivement écartés comme incapables.

Aussi, tandis qu'il est certain, lorsque le testament du père porte nomination de plusieurs tuteurs, que d'une manière ou de l'autre on réalisera cette pluralité désirée par lui (1), on n'est pas sûr, lors même qu'il se présente plusieurs agnats au même degré, que des éliminations, ou l'admission d'excuses, ne ramèneront pas la tutelle à la règle de l'unité.

Il paraît probable qu'à défaut d'agnats la loi des Douze Tables déférait la tutelle aux *gentiles*. On le sait, les questions qui touchent à la *gens* sont de celles que la patience la plus exacte des commentateurs n'est pas arrivée à élucider complètement. Quoi qu'il en soit, si l'on veut bien admettre avec nous l'existence d'une tutelle légitime au profit des gentils, on remarquera d'une part que la pluralité des tuteurs a dû être fréquente dans cette hypo-

(1) En sens contraire, si le père n'a désigné qu'un seul tuteur, est-on bien sûr qu'il n'y aura pas pluralité ? Oui, si tout le patrimoine est situé dans la même province. Dans le cas contraire, il faut distinguer.

Ou le tuteur ne trouve pas que le fardeau soit trop lourd, et incontestablement nul ne peut lui ôter la gestion de l'ensemble du patrimoine.

Ou il fait valoir l'excuse dont il est parlé aux lois 19 et 21 § 3 *de Excusationibus*, c'est-à-dire qu'il demande à être déchargé de la gestion des biens situés *ultrà centesimum lapidem* et d'ailleurs dans une autre province. Alors il semble bien que sa requête soit légitime, et le président de la province où les biens sont situés nomme un second tuteur.

thèse, et d'autre part qu'elle ne paraît pas soulever ici d'autres questions que celles qui se réfèrent à l'espèce précédente.

L'institution de l'esclavage, qui joue un si grand rôle dans le Droit romain, et qui le place souvent dans une situation difficile entre ses propres principes et la justice la plus vulgaire, cette institution apporte, bien entendu, quelque élément particulier à la théorie de la tutelle. Elle donne même lieu à un genre de tutelle que les législations modernes ne connaissent pas : celle des impubères affranchis. Ceux-ci se trouvent en effet jetés dans la vie en dehors des protections naturelles de la famille, et le patron a tous les titres pour les suppléer, soit en vertu des liens proprement dits de patronage, soit en raison de la marque d'affection non équivoque qu'il vient de donner à l'enfant.

La pluralité des tuteurs se produira dans cette hypothèse : 1° si le jeune esclave appartenait par indivis à plusieurs patrons ; 2° si le patron unique meurt, dans la période comprise entre l'affranchissement et la puberté, laissant plusieurs enfants. Remarquons d'ailleurs que ce fait se produirait, quand même il les aurait tous exhérédés. Car cette sorte de tutelle légitime est liée, comme toutes les autres, à l'*emolumentum successionis*, et Gaius nous dit fort bien (Com. 3 — 58), que le père, en privant ses enfants de sa propre succession, n'a pas pu leur ôter celle de l'affranchi (1).

Si l'esclave est affranchi par un homme et une femme,

(1) Voir le développement de ces idées dans le Précis de Droit romain de M. Accarias, p. 310.

ses propriétaires par indivis, il n'y a pas lieu à pluralité de tuteurs. La tutelle n'appartient qu'aux patrons et aux fils du patron. Pareillement, si un patron laisse une fille et un fils, celui-ci est seul tuteur.

Qu'arrive-t-il enfin si l'esclave a deux maîtres, dont l'un l'a seulement *in bonis* et dont l'autre jouit du *dominium ex jure Quiritium?* Dans ce cas, deux points sont certains : 1° L'affranchi n'est pas citoyen romain, mais seulement latin, 2° l'affranchissement n'a pu émaner que du propriétaire bonitaire. Mais celui-ci sera-t-il tuteur? C'est un point qu'il faut résoudre par la négative. En sorte qu'ici, comme dans plusieurs autres cas, il n'y aura pas corrélation entre la tutelle et l'*emolumentum successionis*, ni pluralité de tuteurs.

3° TUTELLES FIDUCIAIRES

On sait que l'homme libre placé *in mancipio* peut être affranchi de cette quasi-servitude, auquel cas le *manumissor* et ses enfants, s'il y a lieu, seront traités comme des patrons. C'est dire que si l'individu *in mancipio* est impubère, il y a lieu d'appliquer ici, quant à sa tutelle, toutes les règles précédemment exposées. Mais on sait que ce genre d'affranchissement fut aussi employé pour réaliser des émancipations, et que, dans le cas où le dernier affranchissement émane du père, celui-ci est appelé, *honoris causâ*, tuteur légitime. Dans ce cas, la pluralité de tuteurs n'est pas possible. Elle ne se réalisera

que si le père vient à mourir, laissant plusieurs fils ; alors l'émancipé tombera sous la tutelle de ses frères. On appelle donc en droit classique tutelle *fiduciaire* celle du *manumissor extraneus*, ou de ses descendants, et celle des descendants du père émancipateur. Le terme n'est même exact que dans cette dernière hypothèse, car s'il s'agit d'un *mancipium* et d'un affranchissement sérieux, on comprend que le contrat de fiducie n'a pas existé. C'est, du reste, la seule tutelle fiduciaire du temps de Justinien, et elle ne s'ouvre que si le père ne l'a pas écartée en nommant un tuteur testamentaire.

On voit, en résumé que la seule tutelle légitime et même la seule tutelle romaine qui ne comporte absolument pas l'idée de pluralité est celle du père émancipateur (1). Il y a ici quelque chose d'analogue à ce qui se passe en droit français lorsque la tutelle s'ouvre par le prédécès du père. C'est à dire que la vocation qui s'impose naturellement est naturellement aussi l'apanage d'une seule personne (2). On n'a pas davantage deux pères légitimes à Rome qu'on n'a deux mères en droit français. Dans toutes les autres hypothèses, la force même des choses ne met pas obstacle à la pluralité des tuteurs.

(1) Car l'individu placé *in mancipio* peut très bien, comme l'esclave, avoir plusieurs maîtres, auquel cas la tutelle leur appartiendrait en commun — Ce que nous disons du père s'applique, bien entendu, à l'ascendant émancipateur.

(2) Dans le dernier état du droit, lorsqu'on permet, sous certaines conditions, à la mère et à la grand'mère, de réclamer la tutelle, encore faut-il que le père n'ait pas nommé de tuteur testamentaire. En sorte que la mère sera bien *seule* à exercer les pouvoirs tutélaires, si elle parvient à les obtenir, mais sa vocation dépend d'une volonté qui, elle, a bien pu se déterminer pour la pluralité des tuteurs.

Car ceux-ci tiennent leur titre, ou de la volonté humaine, qui peut tendre à cette pluralité; quand d'ailleurs la loi ne s'y oppose pas, ou des circonstances, qui, impuissantes à attribuer à un enfant plusieurs pères, peuvent lui avoir donné plusieurs agnats au même degré ou plusieurs patrons.

4° DES TUTELLES DATIVES

On sait qu'à Rome certains magistrats sont, dans certains cas, appelés à nommer des tuteurs aux impubères. Dire quels magistrats, ce serait entrer dans des détails historiques qui ne concernent pas immédiatement notre sujet. Dire quels cas se peut faire plus brièvement. D'une manière générale, il y a lieu à tutelle dative : 1° Lorsque l'impubère n'a absolument pas de tuteur ; 2° Lorsque l'espérance d'un tuteur testamentaire écarte provisoirement les agnats ; 3° Lorsqu'un vide vient à se produire dans une tutelle organisée par le père ; ou mieux par le testateur. Au point de vue spécial qui nous occupe, il est clair que le rôle du magistrat consiste beaucoup moins, dans ce cas, à créer la pluralité qu'à l'entretenir (1).

Mais lorsque les magistrats romains sont appelés à organiser, pour ainsi dire, de toutes pièces, une tutelle, la pluralité de tuteurs peut résulter de la force même des choses.

(1) Nous laissons de côté les hypothèses où le magistrat nomme un tuteur *certæ causæ*.

A partir de l'époque où les tutelles atilienne et julio-titiennes furent organisées (on conjecture que celle-ci remonte à l'an 723), on trouve que plusieurs magistrats sont compétents pour nommer des tuteurs à l'impubère, et on croit découvrir dans les textes des preuves non manifestes que cette compétence est *réelle*, c'est-à-dire déterminée par la situation des biens.

Dans notre droit français, le juge compétent, non pour nommer, mais pour présider l'assemblée qui doit nommer le tuteur est celui du domicile de l'enfant. En droit romain, et relativement aux pouvoirs des magistrats en matière de nomination de tuteurs, l'Empire est pour ainsi dire divisée en circonscriptions. Dans chacune d'elles il y a un fonctionnaire compétent, mais l'effet de la désignation qu'il fournira ne se fera pas sentir ailleurs. (1) Si l'on veut bien me pardonner, en ce sujet ancien, une comparaison toute moderne, empruntée au Droit international, je dirai qu'il y a là une situation analogue à celle que crée la *common-law* anglo-américaine. La ville de Rome, les régions italiques, les provinces sont considérées, à ce point de vue spécial, comme aujourd'hui les différents états d'Amérique ou les diverses parties du Royaume Uni. Dans chacune de ces régions un magistrat est appelé à nommer un tuteur, dont les pouvoirs expirent à la frontière ; mais par contre le tuteur nommé ailleurs, ne saurait exciper d'aucune autorité sur ce territoire (2).

(1) Cette proposition nous semble être absolue en ce qui concerne la gestion ; il y a des réserves à faire pour l'*auctoritas*.

(2) Pour ne pas introduire ici une discussion qui ne touche pas immédiatement à notre sujet, nous avons consacré un appendice au développement et à la justification de ces idées.

On trouve la confirmation de cette manière de voir dans le § 232, des *Fragmenta vaticana,* ainsi concu : « *Ulpianus* « *de pretore tutelari : Observare autem oportet, ne his pu-* « *pillis tutorem det, qui patrimonia in his regionibus ha-* « *bent, quæ sunt sub Juridicis, ut Cleio Pompeio prætori* « *imperator noster rescripsit* ; *multò magis si in provinciâ* « *sit patrimonium, licet is (cui) petitur, in urbe consistat.* »

Ainsi le *prætor tutelaris* n'est pas compétent pour nommer un tuteur à un pupille qui n'a de biens que dans les régions italiques, administrées par des *juridici*, ni, à plus forte raison, à celui dont le patrimoine est situé dans une province. La réciproque est évidente. Donc, si un impubère se trouve à la tête d'une fortune disséminée dans diverses provinces, en Italie et à Rome, il lui sera nécessairement nommé un assez grand nombre de tuteurs.

C'est ce que prouve encore un texte fort clair d'Hermogénien. (*Loi* 27, *Pr. de tutoribus et curatoribus datis*).

« *Pupillo qui tam Romæ quàm in provinciâ facultates* « *habet, rerum, quæ sunt Romæ, prætor* ; *provincialium* « *præses tutorem dare potest.* »

C'est encore une nouvelle cause de pluralité de tuteurs à ajouter à celles que nous avons déjà mentionnées. Il faut avouer du reste, qu'elle paraît légitime, étant donné qu'à cette époque la difficulté des communications eût rendue presque impossible la tâche d'un seul tuteur dans l'hypothèse que nous avons imaginée.

La pluralité de tuteurs dût être encore plus fréquente, sous Justinien, lorsqu'il eût restreint le cercle et par conséquent multiplié le nombre des compétences, en confiant aux magistrats municipaux le soin de pourvoir aux tutelles.

Exceptionnellement. la compétence du *præfectus urbi* en cette matière, était déterminée par la qualité des personnes, lorsqu'il s'agissait des enfants des *illustres* et des *clarissimi.* (Institutes § 4 *de Atiliano tutore*, et paraphrase de Théophile. Voir aussi la rubrique d'un titre du Code. *De tut. vel curat. illustribus*). Mais il est fort possible que dans le cas de répartition de la fortune de l'impubère sur différents points de l'Empire Romain, cette compétence n'ait pas fait échec à celle des autres magistrats.

Enfin, même dans l'hypothèse où le patrimoine de l'incapable est groupé, placé tout entier dans une de ces circonscriptions dont nous parlions précédemment, nous croyons que le magistrat avait la faculté de nommer, suivant les circonstances, un seul ou plusieurs tuteurs. Sauf à lui d'organiser la tutelle de façon à réduire autant que possible les inconvénients de la pluralité, pour s'en tenir aux avantages qu'elle présente. Nous avons déjà une idée des combinaisons qui peuvent atteindre ce but, et les développements qui suivent mettront encore davantage ce point en lumière.

DU FONCTIONNEMENT DE LA TUTELLE LORSQU'IL Y A PLURALITÉ DE TUTEURS.

Tandis qu'une étude sur le fonctionnement de la tutelle française devrait reposer sur la distinction suivante : pouvoirs du tuteur sur la personne — pouvoirs sur les biens, tout autre est la division qu'inspire le Droit de Rome pris

sous cet aspect particulier. Nous savons que le tuteur n'a pas à s'occuper de l'éducation de l'impubère, qu'il ne lui prête pas son domicile, et il faut entendre le texte (1) *Moribus pupilli præponitur* en ce sens que le tuteur, chargé seulement de verser entre les mains du gardien la somme nécessaire à l'éducation et à l'entretien de l'enfant, ne doit pas, par excès d'économie, déroger à ce que commande le rang social de celui-ci. Mais quant aux biens, quant au patrimoine, on sait que le rôle d'un tuteur romain est double ; il gère — et il donne son *auctoritas* ; d'une part il se livre à des actes d'administration proprement dite, d'autre part il intervient pour compléter la personne de l'incapable.

Lorsqu'un impubère a plusieurs tuteurs, concevrait-on, à Rome, que les uns eussent précisément ce pouvoir, qui consiste dans l'*auctoritas*, les autres celui en vertu duquel les biens sont régulièrement administrés ? Il faut répondre non en toute assurance. L'individu, qui, chargé des intérêts d'un incapable, aurait pour mission exclusive de gérer son patrimoine, ne serait pas un tuteur, au sens romain du mot. Car le trait distinctif, et propre de la tutelle c'est précisément l'*auctoritas*. Il faut bien ajouter d'ailleurs qu'un administrateur proprement dit, serait constamment gêné dans l'exercice de ses fonctions s'il n'avait pas en même temps le pouvoir d'autoriser. Il ne pourrait, par exemple, ni plaider dans le système des *legis actiones*, ni faire une mancipation, et ce serait aller au-devant de difficultés sérieuses que de le contraindre à solliciter l'in-

(1) Loi XII, § III. *De adm. et periculo.*

tervention d'un collègue pour procéder à des actes juridiques de ce genre.

Quel que soit donc le nombre des *contutores*, quelles que soient la nature et l'étendue de leurs fonctions respectives, tous ont l'*auctoritas*. Il n'y a de différence entre eux que relativement aux limites dans lesquelles chacun d'eux est admis à autoriser valablement l'impubère (1).

On peut ranger, nous l'avons vu, tous les tuteurs en deux grandes classes, ceux qui gèrent divisément ou indivisément, et ceux qui ont une simple mission de surveillance, les *honorarii*. Que les premiers aient l'*auctoritas*, c'est un point qui semble tout naturel. Pour les seconds, un doute peut naître, et les textes, d'ailleurs assez peu clairs, révèlent une distinction qui paraît assez heureuse (2). On sait que les actes pour lesquels l'*auctoritas*

(1) Nous ne croyons pas devoir revenir ici sur les critiques que nous nous sommes permis d'adresser au système romain de l'*auctoritas*. Notre tâche va donc se borner à commenter les textes.

(2) Pour certains auteurs, la règle générale est qu'un *honorarius* ne peut valablement fournir son *auctoritas*. L'exception qui résulte du texte d'Africain et qui se réfère à l'adition d'hérédité serait donc à peu près unique. (M. Ortolan II, p. 185). Reste à dire pourquoi elle a été faite. On croit en trouver le motif dans cette considération que l'adition d'hérédité est un acte important et favorable selon les idées romaines. Rien n'est moins sûr qu'une telle interprétation. Les Romains avaient trop le goût des catégories générales pour faire à l'adition d'hérédité, en tant qu'elle concernait un incapable, une situation véritablement à part. Il faut donc s'en tenir à la première doctrine que nous proposons au texte, et qui a pour elle des autorités considérables. Après Cujas, MM. Maynz, Demangeat, Accarias. Notons pourtant que l'opinion de ce dernier auteur est un peu différente. La formule de Cujas est celle-ci : le tuteur non-gérant donnera valablement son *auctoritas* pour tous les actes qui ne sont pas d'administration. M. Accarias étend ce pouvoir d'autorisation « à tout acte qui dépasse les pouvoirs du tuteur agissant seul » (L. 324 1re édition).

On sent que les deux propositions ne sont pas équivalentes. Par exemple, il s'agit d'une acceptilation : le tuteur non-gérant ne pourra pas l'autoriser,

est nécessaire sont, ou des faits d'administration, ou des actes qui comportent d'autres pouvoirs que ceux d'un administrateur. Eh bien, s'il s'agit d'accomplir un de ceux de la première catégorie, par exemple une vente d'une chose *mancipi*, le tuteur dit honoraire ne pourra interposer valablement son *auctoritas*, tandis que pour les seconds, une adition d'hérédité, si l'on veut, il sera compétent. Cette distinction sert, comme on l'a très-bien dit, à mettre d'accord deux textes, la loi 4 *De auctoritate et consensu tut.* et la loi 49 *De adquirendâ vel omittendâ hereditate*. Et pourtant le premier de ces textes semble révéler quelque incertitude dans la doctrine des jurisconsultes. Pomponius, dont il émane, cite l'opinion d'un autre auteur, Orfilius, qui exige, pour la non-validité d'une vente faite avec l'*auctoritas* d'un *honorarius tutor*, la connaissance chez l'acheteur que l'autorisant ne gère pas. Peut-être donc que pour certains jurisconsultes romains la base de la distinction entre les deux classes de tuteurs, au point de vue de l'*auctoritas*, n'était pas celle que nous avons indiquée, mais reposait précisément sur l'ignorance ou la connaissance qu'avait la contre-partie dans l'acte intéressant le pupille de la véritable situation de l'autorisant. Pour les actes unilatéraux, il est clair que cette distinction perd sa raison d'être, et comme l'adition d'hérédité est du nombre, on conçoit la généralité des termes dont se sert la Loi 49 *De adquirendâ vel omittendâ hereditate*. Moins correcte au point de vue

si elle a le caractère d'un acte d'administration, d'après l'opinion de Cujas. Suivant M. Accarias, puisqu'il s'agit d'un acte dépassant les pouvoirs d'un tuteur agissant seul, il pourra toujours le faire.

juridique, cette opinion peut se défendre de considérations tirées de l'intérêt des tiers. Si j'ai su, comme le suppose Orfilius, que la vente qu'on me consentait n'était pas autorisée par l'un des gérants, je n'ai à m'en prendre qu'à moi si, par la suite, le prêteur refuse de me traiter en *dominus*. Si au contraire je l'ai ignoré, l'équité semble exiger que je ne souffre pas de l'immixtion pratiquée par un tuteur honoraire dans le domaine des tuteurs gérants.

Mais en laissant de côté ce point un peu délicat, et en supposant que tous les tuteurs sont bien chargés d'administrer, une grave difficulté se présente: l'*auctoritas* de l'un d'eux suffira-t-elle, ou devront-ils tous se réunir pour la donner? La question mérite d'être examinée dans le droit classique et sous Justinien.

Au titre XI de ses Règles, *de Tutelis* § 26, le jurisconsulte Ulpien nous indique une distinction « *Si plures sunt* « *tutores, omnes in omni re debent auctoritatem accomodare,* « *præter eos qui testamento dati sunt. Nam ex his vel* « *unius auctoritas sufficit.* » Ainsi, pour le cas où il s'agit de tuteurs testamentaires, l'*auctoritas* d'un seul suffit; en tout autre cas et *in omni re*, ils doivent tous s'entendre et se réunir (1).

On conçoit bien le motif de cette distinction, si l'on oppose aux tuteurs testamentaires les tuteurs légitimes. Ces derniers, en effet, sont tuteurs dans leur intérêt. Par conséquent il ne convient pas qu'un seul modifie, par sa seule initiative, les éléments d'un patrimoine sur lequel

(1) *Nihil enim de tutelà legitimà sinè omnium tutorum auctoritate deminui.* (Cicéron *Pro Flacco* 34).

tous ont des droits éventuels. Plus tard, lorsqu'on revint à une conception plus saine de la tutelle, lorsqu'on écarta cette idée première, désormais jugée inexacte, on trouva encore un bon motif de distinguer : c'est que les tuteurs testamentaires ont été désignés par une voix compétente, c'est qu'ils offrent par là-même de sérieuses garanties d'intégrité et de capacité, tandis que les légitimes ne doivent leur vocation qu'au hasard. Mais ne devenait-il pas dès lors raisonnable d'assimiler aux premiers les tuteurs désignés par le magistrat après enquête, eux dont le choix est entouré aussi de garanties de premier ordre? Tout porte à croire que telle fut bien la doctrine de l'époque classique. On remarquera d'abord que les Romains ont une tendance à témoigner la même confiance à l'une et l'autre catégorie de tuteurs. Cela est manifeste quand il s'agit d'exiger, ou plutôt de ne pas exiger la *cautio rem pupilli salvam fore*. Ensuite la manière dont s'exprime la loi 5 au Code *De auctoritate præstandâ*, donne une grande autorité à cette opinion. « *Veterum dubitationem amputantes, per quam testamentarii quidem* VEL PER INQUISITIONEM *dati tutoris et unius auctoritas sufficiebat, licet plures fuerant, non tamen diversis regionibus destinati* ; *legitimi autem vel simpliciter dati omnes consentire compellebantur* : *sancimus* etc. » Mais nous avons précisément à nous arrêter sur ce texte, autant pour lui assigner son exacte portée, que pour envelopper dans son commentaire le troisième motif qui semble venir à l'appui de notre doctrine.

Il semble en effet faire une réserve pour le cas où les tuteurs auraient été *diversis regionibus destinati*. Il faut

savoir au juste ce que signifie cette restriction. Le bon sens indique suffisamment qu'il y a intérêt à déclarer suffisante l'*auctoritas* d'un seul, surtout dans le cas où les tuteurs sont placés chacun à la tête d'une région, au point de vue du gouvernement des biens. Car, le plus souvent, un tuteur résidera au siège même de son gouvernement; et comme d'autre part, pour autoriser valablement, il doit être présent *in ipso negotio* (1) on conçoit les complications, les déplacements qui naîtraient de la présence exigée de tous, pour la plus insignifiante mancipation, faite, par exemple, à Rome. La tutelle légitime, si fertile en inconvénients, est moins sujette à présenter celui-là (2). Car, si les biens de l'incapable sont disséminée, sa famille se trouvera en revanche, au moins dans la majorité des cas, groupée sur un seul point, ou éparpillée seulement dans les limites d'une province. En d'autres termes, la circonstance que les tuteurs testamentaires ou donnés sur enquête sont *diversis regionibus destinati* fait généralement supposer qu'ils se trouvent fort éloignés les uns des autres. Il en résulte bien certains avantages au point de vue de la gestion, mais ces avantages se trouveraient pour ainsi dire absorbés par une incommodité des plus graves, si l'on exigeait que pour

(2) Cette règle n'est pas acceptée, dans sa formule générale, par tous les interprètes. Voir sa justification dans le précis de M. Accarias; livre 1er, pages 342 et suiv.

(2) Il se peut que les tuteurs légitimes se soient eux-mêmes, par un arrangement pris à leur convenance, *diversis regionibus destinati*. Mais l'observation que je présente dans la suite du texte subsiste néanmoins dans son intégrité, et il n'est pas probable que chaque tuteur légitime pousse le zèle jusqu'à aller s'installer, pendant la période de l'impuberté, au centre de la région qu'il s'est assignée d'accord avec les autres.

fournir l'*auctoritas*, ils dussent tous se donner rendez-vous sur un point déterminé de l'Empire romain. Reste à assigner au texte du Code son sens véritable.

Il signifie, de l'avis à peu près unanime, que l'*auctoritas* d'un seul des tuteurs sera suffisante, à la condition qu'elle se réfère à un acte qui rentre dans le cercle de l'administration de ce tuteur. Celui-ci ne peut, en d'autres termes, par une *auctoritas* donnée à sa fantaisie, empiéter sur la gestion de ses collègues et l'entraver. C'est bien d'ailleurs ce que confirme la suite du texte.

On voit par là que cette règle, en vertu de laquelle l'*auctoritas* d'un seul peut être considérée comme suffisante, a le caractère pratique au premier chef. C'est ce qui nous porte à croire qu'elle a dû être admise de très bonne heure pour les tuteurs donnés par le magistrat sur enquête. Car on sait que la compétence du magistrat est réelle, d'autre part, le patrimoine que nous envisageons est très divisé : il doit en résulter une pluralité de tuteurs, résidant chacun dans sa province et ne se connaissant peut-être même pas. Si on les oblige à entrer en relations chaque fois, que l'un d'eux aura besoin de fournir l'*auctoritas*, on leur rendra la tâche insupportable, et l'inconvénient ici mérite d'autant plus d'être constaté et écarté, qu'il se présentera presque à chaque instant.

A un autre point de vue, il peut être avantageux de déclarer suffisante l'*auctoritas* fournie par un seul tuteur : en deux mots, cela permettra d'éviter, dans divers cas, la nomination d'un tuteur *certæ causæ*. Cela se présentera si nous supposons un acte qui intéresse en même temps le pupille et un de ses tuteurs. Supposons Primus et Se-

cundus, cotuteurs, Tertius, impubère. Si Tertius a un procès avec Primus, ou plus généralement s'il a besoin de contracter avec lui, sera-t-il valablement autorisé par Secundus? Oui, dans le droit classique, s'il s'agit de tuteurs testamentaires ou données sur enquête ; car l'*auctoritas* n'est pas alors considérée comme indivisible ; chaque tuteur en a, pour ainsi dire, sa part. Non, si l'impubère est placé en tutelle légitime; alors il faudra bien lui nommer un tuteur *certœ causœ.* Telle est bien la solution qui résulte des textes de cette époque (L. 5, pr. et § 2, *De auctoritate et consensu tut.*) Ce § 2 indique seulement une réserve, pour le cas où il y aurait eu mauvaise foi, connivence entre les deux tuteurs (1).

C'est même dans les rapports de l'impubère avec les tiers que ce système présente des avantages, La loi 7 (Eod. tit.) nous en fournit un exemple. Il s'agit d'obliger le pupille envers deux *correi stipulandi*. M. Demangeat (2) analyse ainsi l'opération.

« Nous supposons un pupille qui a deux tuteurs testa-
« mentaires, par conséquent qui peut s'obliger avec l'au-
« torisation d'un seul de ses tuteurs. S'il s'agit de lui
« faire contracter une obligation corréale envers Titius
« et Mævius, comment les choses se passent elles? Ulpien
« nous dit qu'elles peuvent se passer de la manière sui-
« vante : le pupille autorisé du tuteur Primus s'oblige
« envers Titius, puis, autorisé du tuteur Secundus, il
« s'oblige envers Mævius. Donc il y a eu interrogation

(1) *Sed si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti.*
(1) Traité des obligations solidaires en Droit romain, p. 107.

« adressée par Titius, et réponse à lui faite, puis interro-
« gation adressée par Mœvius et réponse à lui faite. » Mais, pour le besoin d'une cause qu'il soutient, M. Demangeat admet qu'Ulpien n'a eu en vue ici qu'une espèce toute particulière, et suppose notamment que la stipulation est faite par chacun des fils des tuteurs Primus et Secundus. Nous ne croyons pas devoir nous ranger à cette interprétation étroite et nous pensons que la loi 7 vise des *correi stipulandi* quelconques ; on voit dès lors l'avantage, si l'on suppose que dans l'intervalle des deux stipulations, le tuteur Primus est venu à mourir ou à disparaître.

En résumé, on ne peut qu'approuver la décision de Justinien, lorsqu'il généralise la solution que l'ancien Droit romain n'avait d'abord admise que pour les tuteurs testamentaires (1). Dans le nouveau droit, l'*auctoritas* de l'un quelconque des tuteurs est suffisante, sous les deux réserves qui suivent : 1° Si l'administration a été divisée, chaque tuteur n'autorise valablement que les actes qui rentrent dans son administration à lui ; 2° Il faut l'*auctoritas* de tous s'il s'agit de l'adrogation de l'impubère. Ces règles résultent de la loi 5 au Code, *De auctoritate præstandâ*, laquelle en donne sommairement les motifs.

(1) C'est bien aussi l'opinion de Cujas, t. IX, p. 603. « *Si tutela divisa est* « *in partes bonorum vel in regiones et provincias, oportet quemque in suâ provinciâ* « *auctoritatem interponere nec miscere se negotiis alterius provinciæ commissis* « *alteri per divisionem tutelis.* »

DE LA GESTION PROPREMENT DITE

La circonstance que la tutelle a plusieurs titulaires ne fait guère naître de difficultés au sujet de l'administration proprement dite. La règle, fort simple, est que chaque tuteur doit se conformer à la loi de sa nomination (1), ou aux arrangements qu'il a pris avec ses collègues. Nous savons les diverses combinaisons avec lesquelles le Droit romain s'accommodait de la pluralité des tuteurs. Il importe de les rappeler ici d'une manière plus méthodique.

1° Ou bien l'administration a été divisée par le testateur ou par les magistrats. Cette division constitue la loi de la tutelle (2).

2° Ou bien elle ne l'a pas été (Il peut s'agir, d'ailleurs, d'une tutelle légitime). Alors, en principe, l'administration appartient indivisément à tous, comme plus tard la responsabilité.

3° Mais hâtons-nous d'ajouter que cette hypothèse sera rare. On conçoit en effet que confier à trois ou quatre personnes une gestion indivise, c'est aller au-devant d'incon-

(1) Voir les lois 47, § 2 et 51 *De administratione tutorum*.

(2) Je me permets de rappeler que, d'après une opinion signalée plus haut, il y a *nécessairement* division *per regiones* en cas de tutelles atiliennes et juliotitiennes, si d'ailleurs le patrimoine est disséminé dans diverses provinces. — Fût-il groupé dans la même circonscription administrative, j'ai dit aussi que le magistrat pouvait faire telle division à sa convenance. Mais celle-là sera souvent *per partes*.

vénients et de difficultés multiples, c'est infliger au patrimoine des chances de perte totale ou tout au moins de décroissement, même dans le cas — qui sera le moins fréquent — où il règnerait une entente parfaite entre les tuteurs. Car l'un d'eux peut, sans mauvaise volonté, et seulement par ignorance de ce qu'un de ses collègues a fait antérieurement, procéder à un acte que l'acte précédent rend inutile on même nuisible. Aussi les Romains connaissaient-ils des procédés assez nombreux pour se procurer les avantages qui résultent de la pluralité sans encourir ses inconvénients. Au titre *De administratione et periculo tutorum*, Ulpien nous apprend comment les choses se passaient, dans le cas où la division des pouvoirs n'avait pas été faite. Le magistrat convoque les tuteurs, et les engage à désigner l'un d'entre eux comme gérant. S'ils ne se rendent pas à son invitation, ou si, forcés de comparaître (*coacti*), ils ne parviennent pas à s'entendre, le prêteur statue lui-même, *causâ cognitâ*. Pourtant cette désignation ne s'impose pas. Le § 8 du texte que nous commentons (L. 3 *De admin. et peric.*) nous apprend en effet que les tuteurs ne sont pas obligés de s'en rapporter au prêteur et peuvent tous demander à gérer. On retombe alors dans l'inconvénient signalé plus haut, et on se demande si le Droit romain a bien fait de le tolérer dans cette hypothèse; d'une part, en effet, ce défaut d'entente est le signe que les tuteurs ne sont guère disposés à se ranger, par la suite, à une pensée commune. Mais, d'autre part, il faut bien avouer que chaque tuteur, dont la responsabilité va être mise en jeu, n'est pas forcé d'avoir confiance dans ses collègues; et les résistances

même opposées à la bonne volonté et aux démarches du prêteur, tendent à démontrer qu'aucun d'entre eux ne domine, pour ainsi dire, la situation, et n'offre de garanties exceptionnellement sérieuses.

Mais il peut arriver que le magistrat n'ait pas fait la convocation dont parle Ulpien. Il est également possible que les tuteurs se repentent plus tard d'avoir demandé la gestion indivise. Les principes du Droit leur permettent alors de prendre un arrangement plus favorable. Mais, il importe de bien remarquer, et nous insisterons sur ce point en traitant de la responsabilité des tuteurs, que si leur situation respective de collègue à collègue est désormais modifiée, rien n'est changé au contraire dans leurs rapports avec le pupille qui pourra, au jour de la reddition des comptes, les traiter tous comme ayant géré indivisément, et par conséquent faire peser sur eux une responsabilité solidaire.

Pour arriver au résultat dont nous parlons, les tuteurs peuvent procéder de diverses sortes :

1° Ils peuvent se partager spontanément la gestion.

2° Ils peuvent, toujours de leur propre autorité, donner mandat à l'un deux de gérer seul (L. 55 § 2. *De adm. et peric. tutorum*).

3° Enfin, les textes nous signalent une troisième hypothèse assez curieuse :

On sait que les tuteurs testamentaires, ou donnés sur enquête n'ont pas à fournir la *cautio rem pupilli salvam fore*. Or, d'après le § 1. *De satisd. tut*, aux Institutes, l'un d'eux peut, en offrant cette caution, mettre ses collègues dans l'alternative suivante : ou l'accepter, et alors ils con-

sentent à lui abandonner l'administration, — ou la refuser, mais alors l'administration ne leur appartiendra qu'autant qu'ils offriront eux-mêmes une caution. Nous verrons plus tard la situation que fait aux tuteurs, au point de vue de la responsabilité, cette combinaison originale.

DE LA RESPONSABILITÉ DES CO-TUTEURS VIS-A-VIS DU PUPILLE ET DES RECOURS QUI PEUVENT ÊTRE EXERCÉS DE CO-TUTEUR A CO-TUTEUR.

Je n'ai pas à rechercher quelles sont en général les obligations du tuteur romain. Je me borne à envisager ce qui arrive, lorsqu'il y a pluralité de tuteurs, dans le cas où soit tous, soit l'un deux ne les ont pas ou les ont mal accomplies.

En ce qui concerne les rapports du patrimoine du pupille avec les tiers, notre matière ne soulève pas d'exception à la règle générale, qu'on peut formuler ainsi : Le pupille n'est pas lié par les actes, que son tuteur a faits seul, quand leur nature exigeait l'*auctoritas*, ni, à plus forte raison, par ceux qui excèdent absolument les pouvoirs d'un tuteur. Au contraire, tous les actes faits régulièrement au fond et en la forme, par un tuteur, lient le pupille envers les tiers (1). Rappelons seulement que la

(1) Sauf la ressource de l'*in integrum restitutio*.

circonstance de la pluralité des tuteurs multiplie les chances de nullité, parce que l'administration et l'*auctoritas*, dans une certaine mesure, sont généralement divisées, et que cette division même peut être la source d'empiètements (1).

Si l'un des tuteurs se rend coupable d'un dol, vis-à-vis des tiers, le pupille, dans ses rapports avec ceux-ci, n'en doit ni bénéficier, ni souffrir.

Mais si l'on conçoit que dans les rapports du patrimoine du pupille avec les tiers, la circonstance de la pluralité des tuteurs n'apporte pas ou apporte peu d'exceptions au droit commun, on pressent qu'il n'en doit pas être de même dans les rapports du pupille avec ses tuteurs. L'important est de distinguer avec soin les diverses hypothèses

1° LA GESTION A ÉTÉ DIVISÉE, SOIT « *IN PARTES* » SOIT « *IN REGIONES*, » PAR LE PÈRE DE FAMILLE OU PAR LE MAGISTRAT.

C'est l'hypothèse qu'indique si clairement le § 229 des *Fragmenta vaticana* « *Lucio Titio filio meo... tutores do L.* « *Aurelium et J. Optatum; à quibus peto, ut tutelam libe-* « *rorum meorum gerant, ità ut ea quæ in Asiâ reliquero* « *Aurelius, ea autem quæ in Italiâ Optatus administret.* »

En ce cas, les textes du Digeste. (L. 12. *Rem pupilli salvam fore* (2) et ceux du Code plus clairement encore (L. 2

(1) Voir L. 51 *De auctoritate et consensu.*

(2) Voir aussi la loi 46, § 6 *De administratione et periculo tutorum.*

De dividendâ tutelâ) nous donnent la règle suivante :

1° Chaque tuteur n'est en principe responsable que de sa propre gestion ; 2° Sauf le cas où, par faute ou dol, il a négligé de provoquer, s'il y avait lieu, la destitution de ses co-tuteurs comme suspects, ou n'a agi à ces fins que tard, et après que le co-tuteur était devenu insolvable — ou bien en agissant contre le co-tuteur a colludé avec lui et trahi les intérêts du pupille (1). Ferrière qui cite ce texte ajoute : « Exception digne de remarque, et à laquelle n'ont pas « fait attention ceux qui tiennent indistinctement que les « tuteurs, dès que le testateur ou le juge a marqué à cha- « cun d'eux sa charge, ne sont pas obligés de veiller l'un « sur l'autre ».

Nous ne saurions donc partager l'opinion de M. Maynz, qui dit : « Dans cette hypothèse, chaque masse constitue « une administration séparée, et il n'y a entre les divers « tuteurs ni corréalité, ni même *obligation de surveillance*. Du reste, le texte qu'il cite, à l'appui de sa manière de voir (L. 21 § 2 *De excusationibus*) ne soulève même pas la question de responsabilité. Il se borne à nous apprendre que le tuteur « *licet datus ad universum patrimonium, ta-* « *men excusare se potest, ne ultrà centesimum lapidem ge-* « *rat* ». Qu'on nomme un tuteur aux biens situés dans une autre province, celà nous confirme dans l'idée que la compétence des magistrats, en pareille matière, était bien réelle, mais ne nous indique pas que ce nouveau

(1) *Nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt, vel tarde suspicionis rationem moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo suâ sponte jura pupilli prodiderunt.*

tuteur fut dispensé de surveiller l'ancien ou d'être surveillé par lui.

En résumé: Primus, tuteur préposé aux biens d'Asie, sera responsable : 1° De sa propre gestion (1) ; 2° De celle de son collègue préposé aux biens d'Afrique, en tant seulement que cette gestion-là eût du attirer sur la tête de son titulaire le *suspecti crimen*.

Cette dernière responsabilité, pourrait-elle être éteinte par une transaction ? Je m'explique :

Devenu pubère, l'ex-pupille transige avec celui de ses tuteurs qui était chargé des biens d'Afrique, lequel, par hypothèse, s'est rendu coupable de fautes ou de malversations. Sera-t-il déchu de son action contre le tuteur des biens d'Asie, basée sur le défaut de surveillance ? C'est ce à quoi s'oppose formellement la loi 1 au Code *de Transactionibus*. « *Neque pactio, neque transactio cum quibusdam ex « curatoribus, vel tutoribus facta, auxilio cœteris est in « his, quæ separatim communiterve gesserunt, vel gerere « debuerunt* ».

Le défaut de surveillance peut-être imputé non-seulement à un tuteur, mais à plusieurs. Seront-ils tenus solidairement ou divisément envers le pupille ? L'obligation solidaire semble bien mise à leur charge par la loi 12 *Rem pupilli* : « *Et ità demum in solidum, si res à cœteris non servetur, et idonea culpa detegatur, quòd suspectum faceres u-*

(1) Cujas, fait très bien observer (Livre 9, p. 614) que la division de l'action de tutelle se fera *pro ea tantum parte quæ tutori attributa est, non pro parte collegarum*. Et il cite en outre l'opinion de Julien : « *Si divisa sit tutela à testatore vel judice, unusquisque pro suâ administratione tenetur, nisi forte, cum oportebat contutorem removere ut suspectum, omninò non removit, aut tardius removit.* »

« *persederit* ». Au surplus, il résulte de l'ensemble des textes que la solidarité des tuteurs entre eux est la règle, que la division de l'administration y apporte bien une exception, mais, qu'il y a exception à l'exception pour les cas où il se présente un dol ou une faute qui sont communs soit à tous les tuteurs, soit à quelques uns d'entre eux.

2° LA GESTION N'A PAS ÉTÉ DIVISÉE PAR LE TESTATEUR OU PAR LE MAGISTRAT.

Il faut distinguer deux cas, 1° Ou la gestion est restée indivise (ce qui sera rare), 2° Ou les tuteurs ont pris entre eux des arrangements relatifs à la division de l'administration, lesquels ne sont pas opposables au pupille (1). Cujas en donne les raisons suivantes : « *Quia conventio* « *tutorum non potest dividere officium tutelæ, quod est in-* « *dividuum, nisi id dividerit aut testator aut judex. Con-* « *ventio tutorum non potest dividere administrationis pe-* « *riculum, quod est commune omnium tutorum. Et gene-* « *raliter conventio non potest lædere jus alterius* »

Premier cas. — Nous empruntons au même auteur la divison qu'il adopte pour l'étude de cette question. « *Aut* « *omnes gesserunt communiter tutelam, aut nulli gesserunt* : « *aut quidam gesserunt, quidam cessarunt.* »

(1) Ce cas ne diffère donc du précédent qu'en ce qui concerne les rapports des tuteurs entre eux.

§ 1er Que les tuteurs aient tous géré indivisément, ou que tous aient, avec le même ensemble, déserté leur mission, la règle est que chacun d'eux est tenu *in solidum* de l'action de tutelle. Le pupille peut choisir celui qu'il lui plaît. Cette solidarité n'a rien, du reste, qui soit choquant, si l'on veut bien se reporter aux explications précédentes, et se souvenir que les tuteurs ont volontairement bravé ce danger inhérent à une situation dont le préteur leur permettait de sortir.

Mais d'abord, s'agit-il d'une solidarité proprement dite ? Nous faisons ici allusion à la controverse assez célèbre qu'agitent la plupart des auteurs français et un certain nombre de jurisconsultes allemands sur la portée plus ou moins compréhensive qu'il convient de donner au terme *solidarité*. Disons en deux mots que, pour le système allemand, les obligations des cotuteurs doivent être appelées *purement solidaires* et jamais *corréales*, parce que, dans la vraie corréalité, la *litis contestatio* avec l'un des *correi* a pour effet d'éteindre l'obligation à l'égard de tous (1), et un texte bien formel (L. 18 § 1 *De administratione et periculo tut.*) nous dit. « *Ex duobus tutoribus, si cum altero actum* « *fuerit, alter non liberabitur.* »

M. Maynz fait observer: 1° Que cette distinction n'a plus sa raison d'être après l'innovation de Justinien consacrée par la loi 28 C. *De fidejussoribus*: 2° Qu'à l'époque classique cette particularité avait sa cause non pas dans

(1) Je ne fais que donner en passant un des éléments de cette controverse. On me permettra de ne pas y insister, parce qu'elle est surtout une affaire de mots, et que les obligations des cotuteurs, quelle que soit l'étiquette juridique qu'on leur assigne, sont assez nettement déterminées par les textes.

une diversité fondamentale du lien obligatoire, mais dans la diversité qui règne dans les effets de la *litis contestatio* (?) Quoiqu'il en soit de cette discussion, il est sûr que les règles de la corréalité ne s'appliquent pas strictement aux cotuteurs. Ils jouissent de certains bénéfices qu'il importe d'examiner en détail.

Il est d'abord certain (L. I § 4 et 12 (*De tutelæ et ration. distr.*) que le tuteur poursuivi peut exiger la DIVISION de l'action entre tous, *si omnes solvendo sint*, ou entre tous ceux qui sont solvables, s'il n'y en a que quelque-uns. La division se fera *pro virilibus portionibus*, puisque l'administration, ou la désertion, a été commune. Papinien nous apprend qu'alors tous sont renvoyés devant le même juge » *Cum « ex pluribus tutoribus, unus, quòd cœteri non sunt idonei, « convenitur, postulante eo omnes ad eumdem judicem « mittuntur : et hoc rescriptis principum continetur* » (*L. 2. De quib. reb. ad eumd. judic. eatur*). « C'est, ajoute M. « Demangeat, le moyen le plus simple de réaliser exacte- « ment le bénéfice de division, qui avait été accordé aux « tuteurs *exemplo fidejussorum*. En effet, le juge devant « qui sont renvoyés tous ces tuteurs appréciera la solva- « bilité de chacun, et distribuera également le fardeau de « l'action de tutelle entre ceux qu'il trouvera solvables (1). »

Nous avons même un texte exprès de Papinien, pour le cas où tous les tuteurs se sont rendus coupables de la même négligence en n'administrant pas « *Si plures tutelam « non administraverint, et omnes solvendo sint : utrùm, « quia nullæ partes administrationis inveniuntur electioni*

(1) Traité des obligations solidaires. P. 113.

« *locus erit? An, ut ejusdem pecuniæ debitores excipere* « *debebunt periculi societatem? Quod magis ratio suadet.* « *Si quidem ex his idonei non sint, onerabuntur sine dubio* « *cæteri: nec iniquè, cum singulorum contumacia pupillo* « *damnum in solidum dederit* (1). » Il est remarquable que les textes qui privent le tuteur du bénéfice *cedendarum actionum* en cas de *dolus communis* ne lui enlèvent pas, dans cette hypothèse, le bénéfice de division. Pourtant j'avoue que les raisons qu'on donne et que j'emprunterai à Cujas, pour justifier la législation romaine quant à l'exclusion du bénéfice *cedendarum actionum*, me paraîtraient tout aussi bonnes pour empêcher le tuteur de faire diviser l'action (2).

Que se passe-t-il si le pupille, au lieu d'attaquer un seul de ses tuteurs les attaque tous? « Alors, dit Cujas, *peri-* « *culum sententiæ dividitur inter eos pro virilibus por-* « *tionibus, id est actio judicati* ». Mais il ajoute que cette proposition n'est rigoureusement exacte que si on les suppose tous solvables au jour de la *litis contestatio*. Ceux qui ne le sont pas restent à la charge des autres, *onerant idoneos tutores et locupletes, qui sunt solvendo*. De sorte qu'en définitive, si un seul est solvable, il sera poursuivi pour le tout, sans pouvoir demander la division.

Dans ce cas, comme dans ceux, du reste, où il ne pro-

(1) Loi 38 pr. et § 1. *De adm. et per. tut.*

(2) *Optima ratione, quia proprii doli, proprii delicti, propriæ contumaciæ pœnam tulit, quæ res indignum eum facit, ut quidquam consequatur à cæteris doli ejusdem, aut contumaciæ participibus, quia nulla est societas maleficiorum, nulla justa communicatio damni ex delicto.*

fiterait pas de la faveur de la loi (1), il jouit d'un autre droit, celui de demander au pupille la CESSION DE SES ACTIONS. Mais si ce bénéfice est incontestable, en principe, lorsqu'on cherche à y apporter quelques précisions, on se heurte à plusieurs difficultés qu'il faut examiner séparément.

I. — Et d'abord, cette cession est-elle obligatoire de la part du pupille ? — C'est bien ce que paraît décider la loi (2) « au Code *De dividendâ tutelâ* « *Si divisio administrationis* « *inter tutores in eodem loco seu provinciâ constitutos facta* « *necdum fuerit, licentiam habet adolescens et unum eorum* « *eligere, et totum debitum exigere,* CESSIONE VIDELICET AB « EO ADVERSUS TUTORES ACTIONUM EI COMPETENTIUM FACIEN- « DA, » mais un autre texte, au contraire, la loi 1 § 13 *De tutelæ et rationibus distrahendis* paraît considérer cette cession comme facultative « *Si fortè quis ex facto alterius tutoris* « *condemnatus præstiterit, vel ex communi gestu, nec ei* « MANDATÆ SUNT ACTIONES, *constitutum est à divo Pio et ab* « *imperatore nostro et à divo patre ejus utilem actionem* « *tutori adversùs contutorem dandam.* » Ce texte nous apprend bien que si la cession d'actions n'a pas été faite, le tuteur poursuivi trouve une compensation dans la concession d'une action utile, mais il nous indique par là même que la cession des actions pouvait ne pas avoir lieu. C'est bien à quoi conclut un de nos anciens et

(2) Un cotuteur pourra ne pas exiger la division, au cas où la solvabilité de son collègue est seulement douteuse, pour éviter les frais et les complications qu'entraînerait l'épreuve de cette solvabilité. Ayant en réserve l'action que lui a cédée son pupille, il peut attendre une époque plus favorable, choisir un moment où son cotuteur sera revenu à meilleure fortune.

meilleurs commentateurs, Ferrière, lequel s'occupe dès lors de déterminer la différence de situation qui est faite au tuteur, suivant qu'il en est réduit ou non à l'action utile. « La cession d'actions est nécessaire au tuteur, afin « qu'il puisse agir contre les co-tuteurs pour les portions « de ceux d'entre eux qui se trouvent insolvables, sauf à « lui à supporter son contingent de l'insolvabilité, et c'est « de la sorte, à mon avis, qu'il faut concilier la loi *Si divisio* « avec la loi *Si fortè*, qui paraissent contraires en ce que « le premier de ces textes exige la cession d'actions de la « part du pupille, tandis que le dernier ne la requiert pas. « Le tuteur qui a payé rapporte-t-il cette cession, il aura « faculté de poursuivre ses co-tuteurs non-seulement pour « leurs portions, mais encore pour les portions des insol- « vables, son contingent déduit, et c'est en ce sens qu'il « faut enttendre la loi *Si divisio*: le tuteur, au contraire « ne rapporte-t-il point la cession d'actions, il ne pourra « poursuivre ses cotuteurs que simplement pour leurs « portions, et non pour les portions qui concernent les « insolvables, et c'est en ce sens que doit être pris le « *principium* de la loi *Si fortè* » (1).

Je vois bien, par l'explication de Ferrière, que le tuteur auquel on a remis les actions est plus avantageusement traité; sans compter qu'au motif que donne notre ancien jurisconsulte on pourrait en ajouter un autre, plus sûr peut-être: c'est que le recours du pupille contre chaque cotuteur était garanti par des fidejussions, tandis que rien ne nous indique que l'action utile fut fortifiée d'un tel

(1) Traité des Tutelles. Partie IV. Sect. XVIII.

avantage (1). Mais tout cela ne nous dit pas dans quel cas le tuteur poursuivi devait jouir du bénéfice de la cession d'actions, dans quel cas il devait se contenter du moyen mis à sa disposition par les Empereurs, *a divo Pio, et ab imperatore nostro et à divo patre ejus.*

La nécessité même où se sont trouvés les Empereurs de faire une Constitution sur la matière, prouve qu'il y avait une lacune à combler, et qu'auparavant un tuteur qui n'avait pu obtenir la division ne se trouvait pas toujours, en revanche, investi de l'action elle-même à laquelle il avait dû sa condamnation.

N'était un texte bien formel, on serait tenté de proposer l'explication suivante :

Nous avons dit, en passant, qu'un tuteur poursuivi *ex dolo communi* (2) ne jouit pas du bénéfice *cedendarum actionum.* On connait les motifs qu'en donne Cujas : Ulpien nous présente les mêmes sous une autre forme : « *quia* « *proprii delicti pœnam subiit, quæ res indignum eum* « *fecit, ut à cæteris quid consequatur doli participibus, nec* « *enim ulla societas maleficiorum, nec communicatio justa* « *damni ex maleficio est* » — Or, comme le fait très bien remarquer un jurisconsulte contemporain, ce système aboutit à une véritable iniquité, car le pupille ne pouvant être indemnisé qu'une fois, le paiement fait par l'un des co-tuteurs libère les autres, aussi coupables, et par consé-

(1) Voir plus loin des développements sur cette *action utile* et l'opinion opposée au système de Ferrière.

(2) Remarquons que le tuteur poursuivi *ex communi culpâ* peut très bien se faire céder l'action contre ses collègues. Il y a donc un intérêt à distinguer entre la faute et le dol.

quent les enrichit. On aurait donc compris que, refusant en pareil cas, au tuteur poursuivi le bénéfice *cedendarum actionum*, le Droit romain lui accordât au moins une action utile, non point tant par faveur pour sa personne, qui en est indigne, que pour faire supporter aux autres les conséquences de leur coupable conduite. Telle aurait donc été l'hypothèse à laquelle fait allusion la loi 1 § 13, *De tutelæ et rationibus*, et telle aussi l'explication à laquelle Ferrière semble avoir voulu échapper.

Mais le § 14, de la même loi, donne un démenti formel à cette manière de voir, car il nous dit qu'en cas de *dolus communis*, ce n'est pas seulement la cession, mais l'action utile elle-même qui est refusée au tuteur poursuivi (1). En désespoir de cause, il faut donc dire que l'hypothèse à laquelle se réfèrent ces mots *neque mandatæ sunt actiones* vise non point un cas où le pupille aurait pu légitimement refuser la cession — ce cas est impossible à trouver — mais bien celui ou ceux dans lesquels le tuteur aurait, par une négligence, laissé échapper l'occasion de se faire céder les actions (2).

(1) Nous n'ajoutons pas à cet argument décisif de texte, cette considération que le *dolus communis* n'empêche pas le tuteur poursuivi de demander la division ; car on peut très bien supposer l'insolvabilité des cotuteurs au jour de la *litis contestatio*, circonstance qui s'oppose à la division ; et l'on conçoit qu'une action utile ne serait pas sans intérêt pour le tuteur attaqué, pour le cas où ses collègues reviendraient plus tard à meilleure fortune.

(2) Les textes semblent considérer comme obligatoire la cession des actions, de la part du créancier, à celui des codébiteurs qui le désintéresse complètement, et cela d'une manière générale. C'est ainsi que dans la loi 47 *Locati*, Marcellus examinant le cas de plusieurs co-acheteurs ou co-locataires, nous dit : « *Quanquàm fortasse justiùs sit, etiamsi solvendo omnes erunt, electionem* « *conveniendi quem velit non auferendam actori, si actiones suas adversùs cæteros præstare non recuset.* »

II. — Ceci nous amène naturellement à une seconde question : à quel moment la cession doit-elle être faite pour être valable ?

Et d abord, comment est-il possible, en thèse générale, que relativement aux mêmes droits de créance il y ait tout à la fois paiement fait au créancier et cession par lui consentie ? Si le créancier a été payé, ses droits semblent par là même éteints ; comment donc peuvent-ils être encore cédés, puis exercés par le cessionnaire ? Traduisons la loi 21 *De tutelæ et ration*. Papinien nous fournit une réponse fort claire : « Un pupille a fait condamner *in solidum* un « de ses tuteurs et lui a cédé son action *tutelæ* contre « l'autre tuteur; bien que la condamnation soit ensuite « exécutée, l'action cédée ne périt pas. En effet pour la « part du tuteur (non) condamné, on considère que ce « n'est pas le compte de tutelle qui a été payé, mais le « prix de cession de la créance. »

Voilà donc que, par une explication ingénieuse, la cession d'actions ne constitue pas, au fond, une *inelegantia juris*. Mais on conçoit qu'il faille aussi sauver les apparences, et elles seraient complètement sacrifiées si on permettait au débiteur qui a payé le tout, de réclamer la cession postérieurement au paiement lui-même. Car d'après les principes de la solidarité le fait de ce paiement a éteint les obligations des autres codébiteurs. C'est donc avant de s'exécuter ou d'être exécuté que le débiteur a dû demander la cession. « Il peut le faire étant encore *in jure* « et avant qu'il n'y ait eu *litis contestatio* ; si le créancier « résiste à sa demande, la conséquence pourra être le re- » fus de la part du préteur de lui délivrer la formule d'ac-

« tion. Le débiteur solidaire peut aussi demander la ces-
« sion *in judicio* : si le créancier ne veut pas l'accorder,
« le juge ne prononcera pas de condamnation. Enfin, la
« condamnation étant une fois prononcée, comment s'y
« prendra le débiteur solidaire ? Il attendra qu'on le pour-
« suive par l'action *judicati*, et c'est sous forme d'excep-
« tion qu'il réclamera la cession (1). »

C'est ce que nous exprime un texte d'Ulpien : « *Non
« tantùm antè condemnationem, sed etiam post condemna-
« tionem desiderare tutor potest mandari sibi actiones ad-
« versùs contutorem pro quo condemnatus est* » (2).

Modestin de son côté, complète la théorie en nous disant positivement que le paiement une fois accompli, il n'y a plus d'action à céder. « *Si, post solutum sinè ullo
« pacto omne quod ex causâ tutelæ debeatur, actiones post
« aliquod intervallum cessæ essent ; nihil eâ cessione ac-
« tum, cùm nulla actio superfuerit* (3).

Notre ancien jurisconsulte Dumoulin, soutenait, lui, qu'en thèse générale le débiteur solidaire qui paie toute la dette est subrogé de *plein droit* dans les actions du créancier, lorsqu'il ne s'est pas fait consentir la subrogation. Gêné par ce texte, il se tire d'embarras en prétendant qu'ici Modestin suppose un paiement fait, non pas par

(1) M. Demangeat, Traité des obl. sol. p. 239.

(2) L. 1 § 18 *De tutelæ et rationibus.*

(3) L. 76. *Solutionibus.* Le pacte ou l'un des pactes auxquels fait allusion le jurisconsulte et qui aurait pour effet de rendre la cession possible, même après le paiement, est exprimé dans la suite du texte : « *Vel cùm convenis-
« set ut mandarentur actiones : tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum
« est ; salvas esse mandatas actiones, cùm novissimo quoque casu pretium magis
« mandatarum actionum solutum, quàm actio, quæ fuit, perempta videatur.* »

un des tuteurs, débiteur solidaire, mais par un tiers. Il faut avouer que rien ne confirme une telle interprétation. M. Demangeat cite d'ailleurs une Constitution qui, supposant de la manière la plus formelle que le paiement émane d'un des tuteurs, reproduit la décision de Modestin (1). « *Si pro contutore judicato pecuniam solvisti,* « *nullum judicium tibi contrà pupillum competit, ut detegetur tibi adversùs liberatum actio. Quod si nomen emisti* « *in rem tuam procurator datus, heredes judicati poteris* « *convenire* » (2).

Il est donc certain que le paiement constitue le terme fatal passé lequel le tuteur ne peut plus demander la cession des actions.

III. — En troisième lieu, qu'est-ce au juste que cette action utile accordée au cas où la cession n'a pas été demandée ou l'a été trop tard ? A-t-elle pour le tuteur condamné les mêmes avantages que la cession elle-même ?

C'est bien l'opinion de M. de Savigny (*Das obligationenrecht* § 23, p. 243 et suiv). Pour lui, l'action utile dont il s'agit c'est l'action même du créancier, laquelle a passé au débiteur en vertu d'une cession que l'on suppose, que l'on sous-entend. A l'appui de ce système on donne les raisons suivantes :

1° Si le tuteur avait songé à requérir la cession, il au-

(1) Op. cit. P 243.

(2) L. 1, C. *De contr. jud. tut.* — Il paraît, toujours d'après M. Demangeat, que Dumoulin se débarrasse encore de ce texte, en supposant que l'action dont les Empereurs s'occupent n'est nullement l'action *tutelæ directa* mais bien l'action *judicati* de laquelle le tuteur qui a payé n'a jamais été tenu solidairement. — Mais on se demande pourquoi un tuteur, déjà investi de l'action *tutelæ directa* par l'effet d'une subrogation tacite se préoccuperait de se faire céder contre le cotuteur l'action *judicati* ?

rait bien fallu que l'ex-pupille la consentit, pour obtenir du préteur délivrance de la formule, ou du juge condamnation : l'équité ne permet pas qu'un simple oubli du défendeur lui soit si préjudiciable, d'autant plus que c'est chose parfaitement indifférente à l'ex-pupille (1). (M. Demangeat. *Op. cit*).

2° Que le tuteur soit poursuivi *ex propriâ culpâ*, ou qu'il le soit *ex dolo communi*, il n'a pas le droit de se faire céder les actions, ni celui non plus de demander l'action utile. Les deux droits sont mis sur la même ligne : c'est un indice que l'action utile n'est autre chose que l'action du créancier qu'on suppose avoir été cédée au débiteur (2).

3° C'est bien l'idée qui a été adoptée en matière de vente d'une hérédité « *Rescriptum est à divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas* » L. 16 *De pactis*. Or, ce *divus Pius* est précisément un de ceux qui ont accordé l'action utile au tuteur. Il est donc probable qu'un même esprit a présidé aux deux dispositions (?)

(1) On remarquera que ce système se place dans l'hypothèse d'un tuteur poursuivi et condamné. Comme la raison qu'il vient de donner ne vaudrait rien pour le tuteur qui paie spontanément, il sacrifie celui-ci, et déclare que c'est « tant pis pour lui s'il s'est présenté comme voulant éteindre l'action et « non comme voulant se la faire céder ».

Mais il faut avouer que cette décision est incompréhensible. En quoi le tuteur poursuivi, qui néglige de demander la cession au cours du procès, est-il plus favorable que celui qui vient payer spontanément et oublie de faire usage de ses droits ? Ce sont tous les deux des négligents, soit : mais alors, si l'on veut mettre en pratique l'adage, un peu trop romain, *jura vigilantibus prosunt*, qu'on les traite de la même façon ! Au point de vue de l'intérêt qu'ils inspirent j'avoue que toutes mes préférences se porteraient sur celui qui va au-devant des réclamations de son ex-pupille, et ne s'avise pas, par mauvaise volonté et esprit de chicane, de faire une résistance injuste.

(2) C'est tout simplement un indice que le tuteur qui s'est mis dans les mauvais cas dont il est parlé au texte ne mérite aucune mesure de faveur, ni celle qui résulte de la cession, ni celle qui réside dans l'action utile.

Quant à nous, nous serions portés à admettre plutôt l'opinion de Ferrière, qui n'accorde pas à l'action utile les mêmes effets qu'à l'action cédée. Cette action utile ne serait autre que l'action *negotiorum gestorum* dont parle la L. 30 *De neg. gest. Ex facto quærebatur*... Nous citons la partie de ce texte qui se rapporte à notre sujet : « *Valerius Probus respondit adversùs contutorem negotiorum* « *gestorum actionem tutori dandam* » Cujas nous dit que la décision est fondée sur ce qu'il s'agit de personnes qui sont collègues. Celui des tuteurs — ou des magistrats — qui fait un acte de bonne administration ne remplit pas seulement un devoir envers le pupille ou envers la ville ; il fait en même temps l'affaire de son collègue, dont il dégage la responsabilité. De même en sens inverse, lorsqu'il fait un acte nuisible, non seulement il s'oblige envers le pupille — ou envers la ville, mais comme il gère mal l'affaire de son collègue, qui va se trouver exposé à une poursuite, il pourra être tenu envers lui. C'est donc l'action *negotiorum gestorum directa* que Cujas, après *Valerius Probus*, accorde au tuteur condamné. (1).

Suivant M. de Vangerow, ce serait plutôt l'action *negotiorum gestorum contraria*. En payant, le tuteur a fait l'affaire de ses co-débiteurs, donc il a un recours contre eux. On objecte à cette manière de voir que l'action *negotiorum gestorum* n'est *jamais* accordée à celui qui a crû faire sa propre affaire. Or il est bien certain qu'en payant, le tuteur n'a pas eu l'intention de faire l'affaire de ses collègues, mais celle de se procurer sa propre libé-

(1) M. Demangeat. Op. cit.

ration. Le raisonnement serait inattaquable s'il reposait sur un principe sûr. Mais il ne faut pas le présenter comme tel, en présence du texte de Valerius Probus, ni de la loi 49 *De neg. gest.*, ni de la loi 50 § 1 *De her. pet.* (1).

Dans le système de Cujas, le tuteur qui a payé est considéré vis-à-vis de chacun de ses collègues comme le maître vis-à-vis du gérant dans une gestion d'affaires ordinaire. Il pourra donc lui demander compte non seulement de son dol, mais de sa faute; mais il ne pourra le rendre responsable ni du dol ni de la faute des autres. Dans le système de M. de Vangerow, le même tuteur, intentant *l'actio contraria*, est traité comme un gérant dans ses rapports avec le maître. Il pourra donc exiger de chacun de ses *contutores* le remboursement de la dépense qu'il a faite pour l'utilité propre de ce dernier. L'une et l'autre interprétation reviennent à dire, comme Ferrière, que le *contutor* attaqué par l'action *negotiorum gestorum directa* ou *contraria*, n'aura pas à supporter sa part de l'insolvabilité d'un autre collègue.

IV. — En quatrième lieu, la cession faite par le pupille au cotuteur poursuivi investit-elle celui-ci de tous les droits de celui-là? Il faut le décider ainsi, sauf une réserve. « *Ex pluribus tutoribus*, nous dit Papinien (2),

(1) Dans la loi 49. *De neg. gest.* Africain donne l'action *negotiorum gestorum* au possesseur de bonne foi d'une hérédité, lorsqu'il a acquitté des legs portant sur des choses dont lui-même était propriétaire. — Dans la loi 50 § 1 *De her. pet.* Papinien l'accorde à ce même possesseur lorsque, pour se conformer à la volonté du défunt, il lui a élevé un monument. Dans ces deux hypothèses, comme dans celle de Valerius Probus, il n'est pas douteux que l'individu à qui on accorde l'action *negotiorum gestorum* a crû faire sa propre affaire. Que ce soit à titre exceptionnel, je le veux bien, mais alors il ne faut pas parler d'une règle absolument inflexible.

(2) L. 12 *De adm. et peric. tut.*

« *in solidum unum tutorem judex condemnavit. In rem*
« *suam judicatus procurator datus privilegium pupilli non*
« *habebit quod nec heredi pupilli datur : nec enim causæ, sed*
« *personnæ succurritur, quæ meruit præcipuum favorem.* »
Ainsi l'action *tutelæ directa* est privilégiée, mais seulement quand elle est exercée par le pupille; entre les mains d'un cessionnaire, elle est dépouillée de cette prérogative.

V. — Enfin qu'arriverait-il si le pupille s'était mis hors d'état de faire une cession efficace; si, par exemple, il avoit consenti des pactes *de non petendo* aux autres tuteurs? Il faut dire que le pupille ne pourra pas demander à l'un des co-tuteurs la part de celui ou de ceux qu'il a lui même libérés. Tel est bien la doctrine romaine, et elle se trouve tout-à-fait conforme avec l'équité: « *Si pupillus alterum ex tutoribus post pubertatem liberâsset, improbè alterum illius nomine conabitur interpel-*
« *lare. Idemque dicemus in duobus magistratibus collegis,*
« *quorum alterum Respublica convenit.* » (L. 45. *De adm. et per.*) — Du reste, cette déchéance n'est pas propre au cas que nous examinons. Les textes nous la montrent comme encourue d'une manière générale par tout créancier qui s'est mis, par sa faute, dans l'impossibilité de céder ses actions à celui des co-débiteurs qu'il prétend attaquer *in solidum*.

§ 2. — Examinons maintenant l'hypothèse que Cujas formule en ces termes : *aut quidam gesserunt, quidam cessârunt.* PARMI LES TUTEURS, LES UNS ONT GÉRÉ, LES AUTRES N'ONT PAS GÉRÉ.

Il semblerait, en droit moderne, que le fait pour un tuteur de n'avoir pas administré dût mettre à sa charge une

responsabilité assez lourde. Par une bizarrerie (1) de la tutelle romaine, cette négligence n'attire pas, du premier coup, les rigueurs de la loi, et le tuteur qui gère maladroitement, eût-il fait preuve d'une extrême bonne volonté, est traité bien plus mal que son collègue qui ne s'est occupé de rien. Deux cas sont à distinguer : ou ceux qui ont géré sont solvables, ou ils ne le sont pas.

I. — La règle est que le pupille doit attaquer d'abord les ex-gérants, s'ils sont solvables au jour où finit la tutelle. Cette condition remplie, ceux qui n'ont pas géré sont libérés complètement, car la circonstance que les premiers deviennent insolvables par la suite ne doit préjudicier qu'à l'ex-pupille, ou au curateur responsable de n'avoir pas exigé satisfaction en temps utile (2).

II. — Si ceux qui ont géré ne sont pas solvables, alors, après avoir poursuivi les fidéjusseurs et les magistrats municipaux, le pupille peut s'attaquer aux autres.

Il résulte de ces principes que les cotuteurs qui n'ont pas géré jouissent d'un véritable BÉNÉFICE DE DISCUSSION, ce qui rend leur responsabilité sensiblement moins onéreuse. Mais il importe de déterminer exactement quels sont, aux yeux de la loi romaine, les tuteurs qui doivent être considérés comme *ayant géré*, quels sont ceux au contraire qui jouissent de ce bénéfice de discussion.

Voici le *criterium* qui nous semble résulter de l'ensemble des textes :

(1) On peut l'expliquer du reste par cette idée générale que la gestion des biens ne constitue pas le caractère essentiel du tuteur romain.

(2) V. Cujas. tom. 9, P. 595 et les textes qu'il cite. Contentons-nous de signaler la loi 39 § 11. *De administratione et periculo tutorum* « *In eum qui tutelam* « *gerere noluit, post cæteros qui gesserunt, actionem (utilem) tutelæ dari placuit.* »

Et d'abord, observons bien qu'il ne consiste pas dans le fait matériel d'avoir administré. Doivent être classés dans la première catégorie : 1° les tuteurs qui ont géré véritablement, 2° ceux qui *alii gerandam tutelam mandaverunt*, 3° ceux qui *satis à contutore acceperunt rem salvam pupillo futuram, eique permiserunt administrationem totius tutelæ* » (1). Car la loi 55 § 2 *De periculo tutorum*, à laquelle j'emprunte ces définitions, nous dit formellement « *Nec* « *possunt se defendere constitutionibus quæ jubent ante* « *conveniri eum qui gessit.* »

Seront traités au contraire comme n'ayant pas géré, partant investis du bénéfice de discussion : 1° Ceux qui se sont tenus entièrement éloignés de la tutelle (2) ; 2° les tuteurs dits honoraires. Cette solution me paraît incontestable en présence d'un texte d'Ulpien, la loi 3 § 2 *De administratione et periculo tutorum* (3).

Terminons par une observation de Cujas, qui a bien son

(1) Nous avons vu, en effet, que ce sont là des combinaisons permises, auxquelles les *contutores* ont recours fréquemment, mais qui n'ont pas pour effet de modifier les droits du pupille.

(2) Telle paraît bien être l'hypothèse à laquelle se réfèrent deux textes déjà cités, (V. loi 39 § 11. *De administratione et periculo tut*).

(3) « *Constat enim hos quoque, excussis prius facultatibus ejus qui gesserit,* « *conveniri oportere.* » Observons que, relativement à cette dernière classe de tuteurs, cette solution paraît assez équitable ; mais elle l'est beaucoup moins en ce qui concerne la classe précédente. En effet le tuteur qui a fait preuve d'une absolue négligence, qui *omnino non gesserit*, jouit d'un bénéfice qui n'est pas accordé à un tuteur plus consciencieux, à celui qui s'est au moins donné la peine de charger un collègue d'un mandat de tutelle ou d'exiger de lui une caution.

Observons encore qu'une classification bien rigoureuse nous eût fait mettre à part les *honorarii tutores*, car la gestion n'a jamais été indivise quant à eux. Si nous en parlons sommairement ici, c'est que nous avons déjà dit à peu près tout ce qui s'y rapporte, et que d'autre part, les passer sous silence dans ce chapitre eût été interrompre la suite des explications.

importance : *Et placet etiam, quod Julianus scribit, cum videri non administrâsse tutelam qui rem aliquam aut partem de quâ agitur non attigit, etiamsi alias res attigerit, quia quantum ad eam rem verum est eum non gessisse, nec se miscuisse administrationi.* Il nous semble que ce soit la même idée que celle qu'exprime Ulpien au § 3 de la loi 55 *De administratione* : « *Item in eo quod nemo* « *gessit, non utique ejus periculum est, qui quædam gessit,* « *sed communiter omnium* : *exigi autem ab eo solo pericu-* « *lum ob alia, quæ non gessit, non oportet.* » Il faudrait donc décider que, pour être attaqué d'abord *pour le tout*, il faut que celui qui a géré ait en effet embrassé l'ensemble du patrimoine. Dans l'hypothèse où il aurait seulement géré certains objets, *quædam*, sa responsabilité en première ligne ne s'étendrait pas au-delà.

Deuxième cas. (1) — La gestion est indivise entre les tuteurs, mais ils ont pris entre eux les divers arrangements que nous connaissons (2).

La règle, résultant de textes déjà cités (L. 5, au Code *De dividendà tutela*. — L. 55 § 2 *De administratione et periculo*) est que cet arrangement n'est pas opposable aux pupilles. Les tuteurs seront donc traités par lui comme s'ils avaient en effet géré indivisément. Observons toutefois que le tuteur condamné aura contre celui de ses collègues qui aura géré en fait, outre l'action cédée (3), une

(1) Voir la page 55.
(2) Voir la page 50.
(3) Voir les développements sur le bénéfice *cedendarum actionum*, P. 59 et s

action qui a pris naissance en sa personne, soit celle *mandati directa*, soit celle *ex stipulatu*, celle-là garantie par un ou plusieurs fidéjusseurs. Nous savons aussi qu'il a pu demander le bénéfice de division.

Observations sur la situation faite aux fidéjusseurs

On sait que les tuteurs légitimes et ceux donnés sans enquête doivent fournir la *cautio rem pupilli salvam fore*. Voyons si la circonstance qu'il y a pluralité de tuteurs modifie le sort habituel des fidéjusseurs (1).

La responsabilité de chaque fidéjusseur est réglée sur celle du tuteur auquel il sert de caution, elle pourra donc être mise en jeu *in solidum* si la gestion est indivise, ou considérée comme telle, *pro parte* s'il y a au contraire division d'administration. D'autre part il n'est pas douteux que le pupille ne puisse, au lieu d'attaquer un tuteur par l'action *directa tutelæ*, s'en prendre immédiatement à son fidéjusseur par l'action *ex stipulatu*.

(1) Je n'examinerai pas le cas où un tuteur a plusieurs fidéjusseurs. Il me semble que cette hypothèse n'appartient pas à notre sujet. Je rappellerai seulement que les cofidéjusseurs d'un même tuteur ne jouissent pas (entre eux) du bénéfice de division. Du reste, on peut consulter utilement sur cette question la loi 12 *Rem pupilli*, qui résume assez bien la situation faite aux co-fidéjusseurs d'un même tuteur.

Que pourra faire alors le fidéjusseur ? Sous Justinien (Novelle 4. c. I) un moyen assez simple lui est offert pour échapper au danger qui le menace : c'est le bénéfice de discussion. Il pourra donc refuser le paiement et échapper à toute action tant que, ce bénéfice invoqué, l'insolvabilité du tuteur n'aura pas été constatée par la vente préalable de tous ses biens mobiliers et immobiliers. Mais soit que nous nous placions à l'époque classique, soit que nous supposions l'absence du tuteur, le fidéjusseur n'a-t-il pas un autre moyen d'échapper, pour le tout ou pour partie, à l'action dirigée contre lui ?

M. Accarias lui accorde le bénéfice de division, du chef du tuteur (Tome 2 p. 361, note 1) et il s'appuie sur la loi 6 de *Fidejussoribus tutorum*, ainsi conçue : « *Pupillus contra tutores eorumque fidejussores, judicem accepit; judice defuncto, prius quam ad eum iretur, contrà solos fidejussores alter judex datus est ; officio cognoscentis conveniet, si tutores solvendo sint, et administratio non dispar sed communis fuit, portionum virilium admittere rationem ex personâ tutorum.* »

M. Demangeat, qui commente aussi ce texte, ne semble pas voir là la preuve que le bénéfice de division fût accordé au fidejusseur. Seulement le juge, en divisant l'action *judicati*, s'arrange pour que le résultat soit le même que si un tuteur avait été attaqué *in solidum* et eût obtenu la division. Supposons une dette de 100 au profit du pupille ; il y a quatre tuteurs, ayant fourni chacun un fidéjusseur spécial. Le fidéjusseur Primus, en admettant, bien entendu, que la dette soit commune, ne sera condamné que pour 25 ; pour que ce résultat se produise, le texte sup-

pose bien que les trois autres fidéjusseurs sont compris dans l'instance ; mais il ne dit pas si c'est à la poursuite du pupille, ou parce que Primus a demandé et obtenu la division de l'action (1).

Remarquons qu'un fidéjusseur peut être inquiété, non seulement dans le cas où l'ex-pupille s'attaque directement à lui, mais encore lorsque le tuteur qu'il a cautionné étant attaqué, il y a lieu de faire l'épreuve de sa solvabilité. Nous savons que la circonstance qu'un tuteur est solvable ou non a une grande influence en notre matière. C'est ainsi que le bénéfice de division ne peut être accordé qu'entre tuteurs dont la solvabilité n'est pas douteuse, et que les tuteurs honoraires ne peuvent être attaqués que si le gérant a été discuté au préalable. Mais la discussion de la solvabilité d'un tuteur comprend celle des fidéjusseurs qu'il a fournis et même des magistrats chargés de recevoir la caution. C'est ce que nous explique très-bien la loi 1 § 15 *De tutelæ et rationibus* « *Usque adeo ad con-* « *tutores non venitur, si sint solvendo contutores, ut priùs* « *ad magistratus qui eos dederunt, et ad fidejussores ve-* « *niatur.* » (2)

Enfin nous savons qu'un tuteur offre quelquefois à ses collègues une caution pour administrer seul. Ce fidéjus-

(1) Ne pourrait-on pas dire aussi que le texte dont il s'agit se réfère à une hypothèse toute particulière, celle où il y a eu *translatio judicii* ?

(2) Malgré l'ordre adopté au texte, il faut dire sans hésitation que les magistrats n'étaient attaqués qu'après les fidéjusseurs. Du reste, il paraît que, dans la pratique, les magistrats exigeaient que le tuteur leur fournit des fidéjusseurs spéciaux contre lesquels ils eussent recours pour se faire indemniser de l'*actio subsidiaria*. En pareil cas, le pupille avait contre ces fidéjusseurs une action utile (L. 1 C. *De mag. conv*).

seur est engagé, non envers le pupille, mais envers les *contutores* qui n'administrent pas. Ceux-ci, s'ils sont condamnés, auront donc un recours assuré contre lui.

DES TUTEURS DONNÉS *propter rerum notitiam*

Les textes nous signalent une certaine classe de tuteurs nommés *propter rerum notitiam* ou *rei notitiæ gratiâ* (c'est à dire en raison de la connaissance qu'ils ont des affaires du pupille) et nous laissent dans l'embarras relativement aux caractères qui les distinguent. Essayons d'apporter à ce point quelques précisions.

Et d'abord, ces tuteurs peuvent être donnés soit par le père (L. 32, § 1, *De test. tutelâ*) (1), soit par le magistrat (L. 1 § 7 de *Tutelæ et rationibus*) (2). Ils seront donc ou testamentaires ou datifs ; mais le bon sens indique qu'ils ne sauraient être légitimes.

Quel est au juste leur rôle ? Le titre qu'ils portent, et un passage d'Ulpien (Loi 14 § 6 *De solutionibus*) (3) semblent indiquer qu'ils sont des hommes spéciaux, appelés à servir de conseil aux *contutores*, et à leur donner des renseignements utiles. Ce serait, par exemple, un propriétaire ou un négociant d'un pays éloigné où le pupille a quelque

(1) *Idem Paulus respondit eum quoque, qui propter rerum notitiam tutor datus est, perinde conveniri posse, atque cæteros contutores qui eodem testamento dati sunt.*

(2) *Ergo et si ex inquisitione propter rei notitiam fuerit datus tutor...*

(3) *Quia ad instruendos contutores datus est.*

immeuble, qui, par les relations qu'il a eues avec le père et par sa connaissance de cette fraction du patrimoine, est à même de fournir d'excellents avis aux *contutores*. La loi 1 § 7 *de Tutelæ* nous indique même un point assez remarquable; c'est que ce tuteur *rei notitiæ gratiâ* pourra recevoir des honoraires.

Mais est-ce là toute leur fonction? Ne peuvent-ils être aussi chargés d'administrer? Les textes sur ce point sont fort obscurs. Voici quelle est la solution que je serais tenté de proposer :

Je remarque bien qu'aucun texte ne donne à la classe de tuteurs dont nous parlons le droit d'administrer; mais la loi 32, § 1 *De test. tut.* met à leur charge une responsabilité tellement lourde (puisqu'elle équivaut à celle des *contutores*) que je ne puis croire qu'elle sanctionne seulement l'obligation de donner des conseils; d'autant que tout indique que ces avis ne s'imposaient pas du tout aux autres tuteurs.

D'autre part, un texte, la loi 1 § 8 *De administratione et periculo*, met en scène une personne qui semble bien être le type du tuteur *rei notitiæ gratiâ* (1), du tuteur conseil, et ne paraît pas du tout la rendre responsable des faits de la tutelle; c'est du moins ce que fait observer Ferrière après Cujas (2).

D'où je suis porté à conclure qu'il y a deux classes de tuteurs *propter rerum notitiam* ou *rei notitiæ gratiâ* : les uns qui gèrent, ou tout au moins qui ont voix délibéra-

(1) Il faut convenir, du reste, que cette expression n'est pas contenue au texte.
(2) Ferrière. Traité des Tutelles. Part. 4. Sect. 18, *in fine*.

tive dans la gestion ; c'est à ceux-là que s'appliquerait la décision de Paul (L. 32, § 1, *De adm.*) ; les autres qui n'ont que voix consultative, ce sont ceux dont parle Ulpien, quand il dit *datus ad contutores instruendos*, et il ne semble pas qu'ils doivent répondre d'autre chose que de leur dol.

Il paraît bien que les uns et les autres puissent recevoir des paiements (à moins qu'ils n'en aient reçu interdiction formelle). C'est ce que nous indique la loi 14 *De solutionibus* (§ 1 et 6). Ils en sont responsables vis-à-vis du pupille, qui pourra exiger satisfaction par l'action *directa tutelæ*, soit, s'il y a eu détournement, par celle *de rationibus distrahendis* (1).

(1) Je trouve dans ce texte un argument à l'appui de l'opinion que je soutiens, et d'après laquelle il y aurait eu des tuteurs *rei notitiæ gratiâ* chargés d'administrer. Remarquons d'abord que, sur la question du paiement, Ulpien paraît avoir plus de doutes relativement aux tuteurs honoraires que relativement à ceux là ; c'est pour les *honorarii* qu'il réserve son *etsi* (même). Mais il nous dit clairement que ces derniers ne reçoivent valablement un paiement que si l'administration ne leur a pas été retirée. Donc quand un tuteur *rei notitiæ* reçoit ce paiement, est-ce comme *tutor* ? Non car l'*honorarius* l'est aussi bien que lui. C'est donc évidemment comme chargé d'une partie au moins de l'administration. Du reste, à lui aussi on a pu interdire *ne rectè solvatur*, et nous nous retrouvons en présence de l'autre hypothèse, celle d'un tuteur simple conseil.

APPENDICE

J'ai dû, pour ne pas introduire dans mon sujet une digression trop longue, me contenter de formuler par quelques propositions générales le système que je crois pouvoir adopter en ce qui concerne la compétence des magistrats investis du *jus dandi tutores*. Comme je ne puis placer ces idées sous l'autorité des commentateurs, je crois devoir en fournir ici la justification.

A mon sens, la compétence des magistrats en matière de nominations de tuteurs est déterminée par la situation des biens (il ne s'agit, du reste, que des immeubles) de l'impubère. Il me semble que les deux textes que j'ai cités, le § 232 des *Fragmenta Vaticana* et la loi 27 d'Hermogénien, au titre *De tutoribus et curatoribus datis*, ne peuvent guère s'expliquer que par ce système. J'aurai plus tard l'occasion de citer encore quelques textes qui viennent, d'une facon moins pressante, il est vrai, à l'appui de cette manière de voir. Pour le moment, abordons la série des objections qui pourraient m'être proposées.

Il semble que, dans ce même titre (*De tut. et cur. datis*), deux textes, la loi 1 § 2 et la loi 3 m'apportent un démenti formel. J'espère prouver que si on consent à leur donner une interprétation de conciliation, au lieu de les mettre en conflit avec les citations précédentes, ils ne viennent pas à l'encontre de ma manière de voir.

La loi 1 § 2, la plus embarrassante, s'exprime ainsi : « *Quòd autem permittitur tutorem dare provinciæ præsidi,* « *eis tantum permittitur, qui sunt ejusdem provinciæ, vel* « *ibidem domicilium habent.* » On pourrait être tenté de dire tout d'abord que, d'après ce texte, ce qui détermine la compétence du magistrat, ce n'est pas la situation des biens, mais l'*origo* du pupille ou son domicile (1)

Cette traduction suppose qu'en parlant de la *même province* et du *même domicile*, les deux personnes qu'on a en vue et qui sont en rapport en vertu de ce lien local, sont le président d'une part, le pupille de l'autre. Mais est-on obligé d'accepter cette version, qui est en contradiction formelle avec les textes déjà cités, lorsqu'une interprétation qui me paraît fort acceptable éviterait de mettre Ulpien en désaccord avec lui-même ? Il suffit de supposer pour celà que dans la loi 1 § 2, le jurisconsulte, lorsqu'il parle de l'*origo* et du domicile, met en présence, non pas le pupille et le magistrat, mais le pupille et le futur tuteur. En d'autres termes, ce serait un autre aspect de la compétence du magistrat qui serait envisagé ici. Il s'agirait de savoir si, étant donnés deux individus déterminés, le magistrat a bien le droit d'établir entre eux la relation de tuteur à pupille, et Ulpien nous apprendrait, ce qui cadre parfaitement avec les principes généraux, que pour investir de la tutelle, qui est une véritable charge, l'individu que nous appellerons Primus, encore faut-il que ce dernier soit uni au pupille Secundus par la communauté d'*origo* ou de domicile.

(1) Comme on le verra par la note suivante, c'est à l'idée d'*origo* plus qu'à celle de domicile que nous nous attaquons.

Je dis que cette solution cadre bien avec les principes. Et, en effet, envisagée du côté du tuteur, la tutelle est une charge publique, un *munus personale*. Mais où chaque individu est-il appelé à subir cette sorte d'impôt? Dans le municipe auquel il appartient, et on appartient à un municipe, soit comme *civis* (*cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio facit.* — L. 7 au Code *De incolis*), soit comme *incola*, si on y a son domicile (même loi). — Et au profit de quels impubères? Evidemment de ceux avec lesquels ce lien de l'*origo* ou du *domicilium* lui est commun.

Donc, cette loi 1 § 2 se placerait dans l'hypothèse où le magistrat est déjà compétent *par rapport au pupille*, et résoudrait une seconde question, à savoir s'il peut nommer valablement tel tuteur déterminé à tel pupille également déterminé.

Suivant nous, c'est absolument dans le même sens qu'il faudrait traduire la loi 3 *De Tutoribus datis*, ainsi conçue: « *Jus dandi tutores datum est omnibus magistratibus mu-* « *nicipalibus, eoque jure utimur: sed illum qui ab eodem mu-* « *nicipio vel agro ejusdem municipii est.* »

Certes, voilà un texte qui ne met certainement pas en présence, lorsqu'il parle du même municipe, les magistrats et le pupille. L'accusatif *illum* s'y refuse absolument. Donc la communauté de municipe a trait: 1° Soit aux rapports de futur tuteur à futur pupille, et c'est la solution que je propose; 2° Soit, si l'on veut, aux rapports de magistrat à futur tuteur, et, sur ce point, j'oserais encore présenter une explication.

Ce texte signifierait alors que les magistrats municipaux n'ont pas le droit d'imposer la charge de la tutelle à un

individu qui est étranger à leur municipe. Rien n'est plus conforme aux principes du Droit romain sur le caractère territorial des compétences. Remarquons que le président d'une province, que les textes (L. 4 *De officio præsidis*) nous représentent comme le premier magistrat, après l'Empereur, de cette province, n'a plus aucune *jurisdictio* s'il en dépasse les frontières « *Præses in suæ provinciæ* « *homines tantum imperium habet, et hoc, dùm in provinciâ* « *est; nam, si excesserit, privatus est.* » (Loi 3 *eodem tit.*) — C'est nous dire clairement que le président de la province d'Afrique, par exemple, n'a pas à faire acte de *jurisdictio* vis-à-vis d'un individu qui appartiendrait à la province de Syrie. Or, qu'on attribue au *jus dandi tutores* le caractère gracieux ou contentieux, peu importe : c'est toujours une acte qui rentre dans la *jurisdictio* (*lato sensu*), et par conséquent la décision du magistrat ne peut s'adresser qu'à un des individus qui dépendent de lui. Un habitant de la province de Syrie, nommé tuteur par le président de la province d'Afrique, pourrait donc très-bien tenir cette nomination pour lettre morte, et Paul lui donnerait raison, en vertu du principe général qu'il formule à la loi 20 *De jurisdictione* « *Extrà territorium jus dicenti impunè non paretur* ». Or, ce que nous disons, quant à la limitation de la compétence de magistrats aussi importants que les *præsides provinciæ*, doit s'entendre par *à fortiori* de simples magistrats municipaux.

Si donc c'est cette dernière interprétation qu'on préfère pour la loi 3 *De tutoribus et curatoribus datis*, voici quelle sera ma conclusion :

Les lois 1 § 2 et 3 au titredont nous parlons ne tendent pas à délimiter la compétence des magistrats *ratione pupilli*. Elles supposent cette question tranchée, et touchent à un autre ordre de préoccupations que le magistrat doit avoir en vue.

Il ne s'agit plus de savoir si tel magistrat est compétent pour pourvoir à la tutelle de tel pupille, mais s'il peut y appeler tel tuteur. Et ces textes nous amènent à formuler les deux principes suivants :

1° Le magistrat ne doit pas imposer la charge de la tutelle à un individu qui n'est pas attaché au pupille par le lien de la communauté d'*origo* ou de domicile.

2° Il ne peut pas, en outre, s'adresser à un individu qui n'est pas soumis à son autorité (1).

(1) Mais, objectera-t-on, si la juridiction d'un président couvre tous les individus d'une province, cette proposition n'est pas seulement vraie en ce qui concerne les tuteurs : elle l'est aussi quant aux pupilles. Par conséquent, le président d'Afrique, par exemple, nommant un tuteur à un impubère originaire de Syrie, qui n'est pas son administré ni son subordonné, commet un excès de pouvoir. Je réponds :

1° L'objection serait grave s'il était exact qu'un *prœses*, en nommant un tuteur, fait acte de juridiction *vis-à-vis du pupille*. Mais il me semble qu'il n'en est pas ainsi. C'est bien à l'occasion du pupille que s'exerce son autorité, mais la décision rendue en vertu de cette autorité s'adresse au tuteur. Le débat, s'il y en a un, qu'il porte sur une cause d'excuse ou sur le *jus nominandi potioris*, aura lieu sans que le pupille soit partie en cause.

2° D'ailleurs un impubère originaire de Syrie, qui a des biens en Afrique, (et c'est naturellement notre hypothèse) est placé sous la juridiction du président d'Afrique, sinon en vertu de son *origo*, au moins de par son *domicilium*. Quelles que soient les obscurités qui entourent la question du domicile en Droit romain, on peut dire, je crois, que la pluralité de domiciles est admise par ce droit, et que dès qu'on a, sur un certain territoire, une certaine masse de biens, on peut être considéré comme ayant un *domicilium* dans ce lieu-là. A cet égard, je puis me placer sous l'autorité d'un célèbre jurisconsulte allemand, Rudorff.

De cette dernière proposition, je crois pouvoir tirer un argument en faveur de ma thèse.

Etant bien entendu qu'un président de province (et je fais le même raisonnement pour les magistrats municipaux) ne peut nommer tuteur qu'un individu soumis à sa juridiction, mettons-nous en présence de la situation. Il y a des biens en Syrie et en Afrique. Le mineur est originaire de cette dernière province. Il est clair qu'un tuteur habitant l'Afrique sera un très-mauvais gérant pour des biens situés en Syrie : si donc la pluralité de tuteurs doit servir à quelque chose, c'est en Syrie, sur les lieux mêmes, qu'il faut trouver un administrateur à cette fraction du patrimoine. Dans le système qui donnerait compétence absolue et exclusive au *præses Africæ*, dans l'espèce, comment ce dernier s'y prendrait-il? Est-ce qu'il va nommer aux biens de Syrie un individu habitant la Syrie ? Il ne le peut pas! Pour obtenir un résultat pratique, il n'a guère qu'une chose à faire : déléguer à son collègue de Syrie le soin de nommer lui-même un tuteur. Mais outre que j'ignore si ces sortes de commissions rogatoires sont conformes au Droit romain, on aboutit, en pratique, avec beaucoup de complication, au résultat même que nous demandons : à savoir, la compétence exclusive du président de la province de Syrie à l'effet de nommer un tuteur à des biens situés sur ce territoire.

On peut encore me proposer, entr'autres objections, celle qui semble résulter de deux textes, les lois 19 et 21, § 2. *De excusationibus*. La loi 19 s'exprime ainsi : « *Illud* « *usitatissimum est, ut his qui in Italiâ domicilium ha-* « *beant, administratio rerum provincialium remittatur*. »

Cela suppose, dira-t-on, deux masses de biens, l'une en Italie, l'autre dans une province, et la preuve que le magistrat d'Italie est compétent pour nommer aux biens de la province, c'est que le tuteur est obligé de faire valoir une excuse pour s'affranchir de cette administration-là. L'argument serait sans réplique s'il était prouvé que le jurisconsulte Ulpien a eu en vue une de ces tutelles que nous appelons datives. Mais les expressions dont il se sert peuvent très-bien s'adapter à une tutelle testamentaire ou même légitime, et il me semble encore qu'il vaut mieux donner à ce texte une interprétation de conciliation que de le mettre en conflit avec les *Fragments vaticana* et la proposition d'Hermogénien. A la loi 21, § 2, Marcien, reproduisant la même pensée sous une autre forme, parle d'un tuteur *datus*, ce qui exclut l'hypothèse d'une tutelle légitime. Mais reste encore celle d'un tutelle testamentaire, dont un grand nombre de textes nous disent qu'elle est *data*. Enfin, cette même loi 21, § 2 *in fine* contient une proposition qui vient confirmer notre manière de voir. L'excuse acceptée, qui va nommer un tuteur aux biens situés *ultra centesimum lapidem* et d'ailleurs dans une autre province? Dans l'opinion que nous combattons rien n'eût été plus logique que de laisser ce soin au magistrat d'Italie. Il semblerait tout simple que, par la même décision qu'il rend sur l'excuse, il pourvût au vide déterminé par ce fait même. Mais il n'en est pas ainsi; le texte est très-formel. « *Et ideo illarum rerum* « *dabunt tutores in provinciâ præsides ejus.* » Le magistrat compétent pour désigner un tuteur aux biens situés dans une province quelconque est donc le président de

cette province. N'est-ce pas là une nouvelle preuve que c'est la situation des biens qui détermine la compétence? Faut-il y ajouter encore cette réflexion bien significative de Marcien, dans la même loi, *in fine* « *Habenti ergo tuto-* « *rem tutor datur* : *sed* ALIARUM RERUM, NON EARUMDEM? »

Enfin nous ne pensons pas qu'on puisse tirer argument contre nous de ce qui se passe sous l'empire du Code civil quand le mineur a des biens aux colonies, situation analogue à celle de l'impubère romain domicilié à Rome, qui a des immeubles en Syrie ou en Afrique. D'après l'interprétation que presque toute la doctrine donne à l'art. 417, le protuteur sera nommé par le conseil de famille siégeant en France. Il faut en voir la raison, d'abord dans cette considération que le principe de l'unité de la tutelle est cher à notre législateur ; il reçoit bien une atteinte par le fait de la nomination d'un protuteur, mais visiblement notre droit français cherche à le sauver d'autre part, en se refusant à admettre qu'il y ait double conseil de famille, par conséquent double autorité de qui puissent émaner des nominations de tuteurs. En second lieu, aucune règle de notre droit public ou privé ne s'oppose à ce qu'une désignation du conseil de famille ait son effet dans toute l'étendue du territoire français, y compris les colonies. Enfin, grâce à la rapidité des communications, ce mode de procéder n'offre pas d'inconvénients sensibles. A Rome au contraire, on n'a qu'un respect fort platonique pour l'unité de la tutelle, et nous savons qu'on la sacrifie constamment. D'autre part, on ne connaît pas le conseil de famille, au moins sous l'aspect que nous envisageons, et le magistrat chargé de nommer les tuteurs ne peut s'a-

dresser qu'à un de ses administrés. On observera que dans notre ancienne France, où les tutelles étaient en principe datives, et où l'assemblée de parents n'avait pas qualité pour nommer un tuteur, le mineur qui avait des biens aux colonies recevait, pour ces biens, un tuteur désigné par l'autorité coloniale. C'est-à-dire que le droit de l'ordonnance de 1743 est précisément celui que nous pensons avoir existé à Rome. Nous ne songeons pas, remarquons-le bien, à faire un argument d'analogie. Seulement nous tenons à montrer que le système que nous pensons avoir été celui du Droit romain a paru bon à un autre législateur, qui avait à statuer sur des éléments presque analogues. Et même, la combinaison que j'attaque eût été moins fertile en inconvénients au dix-huitième siècle qu'au temps du droit classique. Car enfin les communications étaient plus faciles et plus promptes , Il était donc moins nécessaire de donner compétence au magistrat du lieu de la situation, à l'effet de pourvoir assez vite à l'administration des biens.

En dernier lieu, il nous semble que notre système est absolument conforme à l'idée que se faisaient les Romains de la tutelle, eux qui la considéraient surtout comme ayant trait à la conservation du patrimoine. Puisque les biens sont pris en si forte considération, rien d'étonnant à ce que leur situation serve de base à l'effet de régler la question particulière de la compétence. Il serait fort étrange, au contraire, étant donné ce caractère de réalité, qu'un impubère reçut un tuteur d'un magistrat dans le ressort duquel il ne possède peut-être aucun bien.

Si donc on veut bien admettre avec moi cette propo-

sition que le magistrat investi du pouvoir de nommer un tuteur dans une circonscription administrative est compétent en vertu de la seule situation des biens, on reconnaîtra la vérité de ce que j'ai avancé plus haut, à savoir que ce système se rapproche beaucoup de celui de la *common-law*. Au point de vue du fonctionnement de la tutelle, il me semble que cette observation ne cesse pas d'être exacte. Car il est clair que le tuteur ainsi nommé n'aura pas à s'occuper de l'administration des biens situés dans une autre province, lesquels seront pourvus d'un autre administrateur, nommé par un autre magistrat, — et réciproquement sa compétence à lui sera exclusive. Voilà bien pour le tuteur *gérant*, mais sera-t-il traité de même comme *auctor* ? En principe, oui, car presque toujours on l'aura désigné sur enquête, et, dès le droit classique (Ulpien, XI § 26), l'*auctoritas* en pareil cas est localisée comme l'administration elle-même. Justinien généralise cette règle, et n'y fait exception que pour l'adrogation de l'impubère.

Du Conflit des Lois Françaises et Étrangères

EN MATIÈRE DE TUTELLE DES MINEURS

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES ET APERÇU HISTORIQUE

LA TUTELLE EST-ELLE ACCESSIBLE AUX ÉTRANGERS?

« Il est de la religion et de la police, dit Domat (1), que « ceux qui sont privés de leur père avant qu'ils soient « dans un âge où ils puissent se conduire eux-mêmes, « soient mis jusqu'à cet âge sous la conduite de quelque « personne qui leur tienne lieu de père. »

La proposition de notre ancien jurisconsulte est de celles que tout le monde peut saisir : d'abord parce qu'elle est conçue en termes clairs, ensuite parce qu'elle exprime une vérité plus claire encore que les termes.

(1) Loix civiles. Livre 2, ch. 1er.

Que les enfants privés de leur guide et de leur protecteur naturels trouvent ailleurs une direction et un appui, cela, en effet, ne se démontre pas. Domat, jurisconsulte chrétien, donne à sa pensée une forme à la fois élevée et précise en faisant intervenir ici la religion. Certains philosophes préféreraient invoquer la morale ou la conscience universelle ; en tout cas, l'idée est reçue et les mots n'y changent rien.

Mais il ne suffit pas de proclamer la nécessité de la tutelle. Une telle déclaration resterait stérile si le droit positif ne s'en emparait. Il faut bien donner un corps à cette conception religieuse ou philosophique; il faut que le législateur ou la Coutume la consacre, la couvre du vêtement juridique; il faut que la loi établisse le *droit* des orphelins à une protection et désigne en même temps les individus qui seront obligés de la leur fournir.

Sans chercher à donner de la tutelle une définition neuve et en même temps adéquate, nous pouvons donc constater qu'elle se résout, à l'analyse, en trois éléments principaux :

1° Il s'agit, avant tout, de protéger un faible, et non de servir plus ou moins des intérêts sociaux et politiques, comme l'ancien droit de Rome eût une tendance à le faire ; 2° c'est un véritable droit que l'incapable a dans la main ; 3° ce droit est inamissible, son titulaire ne peut pas y renoncer.

Nous n'avons pas à insister sur les deux dernières propositions. Il est évident, d'une part, que si le législateur ne donnait pas une sanction positive au droit du mineur, son intervention serait inutile, puisqu'il ne ferait que

répéter ce que les philosophes et les moralistes ont pu écrire ; — d'autre part, qu'on ne saurait laisser à un enfant dépourvu d'expérience, digne comme tel de protection, le soin de décider lui-même, en sa faiblesse, si cette protection lui est ou non nécessaire.

Quant à la première proposition, au contraire, bien qu'elle ne soit pas contestée directement en droit moderne, nous devons nous y arrêter davantage, soit parce que de puissants intérêts militent contre son intégrité, soit parce que le droit classique romain l'a partiellement méconnue.

C'est une idée de justice, mêlée d'un sentiment de commisération légitime, qui inspire aujourd'hui la théorie de la tutelle. Un enfant a perdu son père ou sa mère, son éducation et ses biens risquent d'être en souffrance ; il faut qu'on pourvoie, dans son intérêt, à de telles nécessités. Mais deux autres intérêts lèvent aussi la tête, qui n'en faisaient qu'un dans l'ancienne Rome : ceux de la famille et de l'Etat. A l'un et à l'autre il importe que l'incapable reçoive une direction et des soins conformes à son rang social et à ses facultés, faute de quoi il y aurait trouble dans la famille et dans l'ordre général. Et sans aucun doute leur intérêt s'attache aussi à la conservation du patrimoine — la famille plus spécialement, puisqu'à la qualité de parents sont attachés des droits de succession ; l'Etat, dans un sens plus général et dans une mesure plus restreinte, la société trouvant un élément de calme dans la stabilité des fortunes.

Notre manière de comprendre la tutelle ne crée aucun conflit entre ces divers intérêts. Il est évident que si le

mineur reçoit, quant à sa personne et quant à ses biens, une protection suffisante, en même temps que lui-même sa famille et l'Etat rencontreront leur avantage. De cette façon, tout sera en équilibre : la faiblesse de l'incapable, secourue comme il convient, ne profitera et ne nuira à personne.

Telle n'est pas exactement la conception de l'ancien droit romain. Dans ce droit, où tout tend à assurer la force et la stabilité de l'Etat, l'intérêt social est toujours le premier qu'on considère. Si on laisse au père de famille le choix du tuteur, c'est moins parce que cette désignation présente de fortes garanties pour le futur pupille, que parce qu'elle constitue une prolongation de la puissance paternelle, une des assises, peut-être la plus solide, de la société romaine. Dans le silence du père, ou si sa volonté ne peut sortir à effet, la tutelle appartient aux agnats, considérés beaucoup moins comme protecteurs dévoués que comme protecteurs intéressés, beaucoup moins comme parents que comme agrégation politique. C'est de cette époque que date la définition de Servus Sulpicius, « *Vis ac potestas in capite libero, jure civili data ac per-* « *missa,* » définition que les Institutes reproduisent. Ici, l'équilibre menace d'être rompu. On ne protège pas l'impubère pour lui-même, de façon que ses intérêts d'abord, puis ceux de la famille et de l'Etat, par voie de conséquence, soient équitablement sauvegardés. Mais on protège l'Etat dans la personne de l'incapable, ou plutôt dans ses biens, de sorte que là où on penserait rencontrer une mesure d'humanité et de justice, on ne trouve guère qu'un rouage de la machine politique romaine. Conception

assez digne de ce peuple aussi vigoureux qu'égoïste, et de ce droit, pratique par dessus tout, en vertu duquel un gouverneur n'aurait pu contracter de *justæ nuptiæ* dans sa province, ce qui risquait de lui donner puissance et indépendance, mais recevait, par compensation, une concubine aux frais du Trésor (1) !

Cette manière d'envisager la tutelle était, d'ailleurs, si peu légitime, qu'elle ne résista pas au travail des siècles. Au temps de Justinien, si la formule de Servus Sulpicius subsiste, le point de vue a changé. En sorte que M. Maynz a pu dire avec raison . « La définition de Servus pouvait « être bonne de son temps, où la loi déférait la tutelle « aux agnats dans leur intérêt bien plus que dans celui « du pupille ; mais dans celui de Justinien, qui ne consi- « dère la tutelle que comme une charge imposée dans le « seul intérêt de l'impubère, les mots *vis ac potestas* ne « sont plus qu'une amplification de rhéteur. » Je n'insiste pas sur l'historique de cette évolution. Je veux seulement la rendre plus frappante par le parallèle de deux textes, empruntés l'un au droit classique, l'autre aux lois de Justinien. Ulpien dit : « *Ut qui sperarent hanc « successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur* » — et Justinien : « *Ubi successionis emolumentum, ibi et tutelæ « onus esse debet.* » Sans doute, la notion pure de la tutelle n'est pas encore dégagée dans le deuxième texte. On la trouve mêlée à une question de succession, c'est-à-dire d'argent ; on la considère comme la juste compensation d'un droit éventuel à hériter, si bien que là où la

(1) Lampridius (Alex. Sev. 42), cité par M. Accarias. Précis de Droit romain, T. Ier. p. 224.

notion de devoir et d'esprit de famille semble avoir sa place naturelle, par une tendance bien romaine, c'est celle d'intérêt qui domine. Mais enfin, c'est déjà beaucoup de convenir que la tutelle est une charge, car c'est avouer que l'institution correspond d'abord aux intérêts de l'impubère. Au temps d'Ulpien, si, par un acte suprême de sa puissance, le *paterfamilias* n'a pas nommé de tuteur testamentaire, on confère la tutelle aux agnats, par ce motif qu'étant appelés à succéder, ils ont intérêt à conserver. On fait donc assez bon marché de l'impubère: ce sont ses biens qui préoccupent le législateur. Sous Justinien, renversement des idées : la tutelle n'est plus un droit, c'est une charge. Cette pensée de protection, qui se révèle par les mots *tueri*, *tutela*, elle a trait, sous Ulpien, à un objet, le patrimoine; sous Justinien, à un sujet, l'incapable. Il ne reste plus qu'à écarter, au moins pour la forme, cette idée de succession, et la conception pure et élevée de la tutelle apparaîtra.

Il faudrait pourtant savoir sur qui va tomber cette charge, et cette étude indispensable sur la nature de la tutelle serait nécessairement incomplète, si, après avoir envisagé la question du côté du protégé, nous manquions à la considérer du côté du protecteur.

Si l'on interroge un homme de bon sens, inculte d'ailleurs en Droit romain, et dégagé d'autre part des idées modernes touchant le rôle et l'importance de l'Etat; si on lui demande à qui, dans sa conscience, il réserverait le fardeau de la tutelle, avec l'autorité qui l'accompagne, il répondra naturellement: à la famille.

Si, en effet, la situation d'un enfant privé de ses père

ou mère fait surgir des devoirs pour quelques-uns, c'est bien évidemment pour les personnes qui tiennent à lui par les liens du sang, qui portent souvent le même nom, avec lesquelles il est en communauté de traditions, d'honneur et d'intérêts. Celà est encore, je crois, à l'abri de toute discussion. Partant, si l'on avait à donner une définition un peu générale de la tutelle, envisagée du côté du tuteur, il faudrait dire, il me semble, que c'est une charge privée, incombant en principe à la famille, représentée par l'un de ses membres, désigné comme de droit.

Nous venons cependant, en écrivant ces mots : *charge privée*, de prendre parti dans une controverse très-importante, qui nous semble avoir sa place marquée ici, et dont la solution intéresse au plus haut point la théorie de la tutelle en Droit international.

Une des premières questions, en effet, qui se posent, lorsqu'après avoir dépassé les principes généraux, on aborde le point spécial qui fait l'objet de notre thèse, c'est de savoir si un tuteur peut avoir une autre nationalité que son pupille, et plus particulièrement si un mineur français peut être placé sous la tutelle d'un étranger.

Bien que cette solution ne paraisse pas extraordinaire, il faut dire que beaucoup de jurisconsultes, et des plus autorisés ont fait tout au monde pour l'écarter. Or, le point capital de leur argumentation c'est la théorie qui, basée sur une tradition certaine et constante, fait de la tutelle une charge *publique*. On tire alors cette conclusion que les charges publiques étant réservées aux seuls nationaux, un de nos compatriotes ne saurait avoir un étranger pour tuteur.

On me pardonnera d'examiner un peu longuement cette question, à cause de son extrême importance : on m'excusera aussi, pour éviter la division des matières, d'épuiser en même temps, par la discussion des arguments de second ordre, le débat qui porte sur le point de Droit international que je viens d'indiquer ; à savoir si, oui ou non, le tuteur et le pupille doivent avoir nécessairement la même patrie.

Une discussion sérieuse doit commencer par des définitions : qu'appelle-t-on charge publique ? A mon sens, le citoyen investi d'une fonction ou charge publique c'est l'homme préposé par l'autorité compétente à un intérêt social quelconque ; intérêt d'administration, de justice, de police, etc. C'est, par exemple, un préfet, un juge, un officier de gendarmerie. Ici, le caractère public éclate à l'extérieur, et un examen, même sommaire, le découvre au fond des choses. A l'extérieur, il se manifeste dans la nomination, dans l'exercice public des fonctions, dans les honneurs, prérogatives, et jusque dans les émoluments (1). Au fond, c'est évidemment l'intérêt social qu'un tel homme a mission de sauvegarder. Il est vrai que si on examine de près cet intérêt social, on trouve qu'il n'est que l'expression généralisée des intérêts privés. Ainsi, on sera d'accord avec tout le monde quand on

(1) Il est d'évidence que ces divers *signes* auxquels on reconnait le fonctionnaire public sont étrangers au tuteur. Du reste, le système que je combats aboutirait, s'il était logique, à des résultats étranges. Qu'un ex-mineur, peu satisfait de ses comptes de tutelle, se permette de diffamer son ex-tuteur, et de lui reprocher publiquement telle faute, telle fourberie. Sera-t-il admis à la preuve des faits imputés ? Le bon sens y répugne ; mais les textes (art. 31 et 35 de la loi de 1881), le commandent, si le tuteur est véritablement un fonctionnaire public.

dira qu'un magistrat a pour fonction d'affirmer par ses arrêts les droits éternels de la Justice ; mais on ne révoltera personne non plus en ajoutant que ces droits éternels, dépouillés de leur caractère élevé et abstrait, correspondent à des intérêts privés, et sont souvent la consécration des plus minimes. Mais, en définitive, si l'on veut bien attribuer à chaque mot son sens utile et raisonnable, on dira : la charge publique est celle qui a été instituée *principalement* en vue de pourvoir à un intérêt général (lequel n'est, je le veux bien, qu'une somme d'intérêts particuliers), et la charge privée est celle qui est destinée à la conservation d'un intérêt spécial (cet intérêt n'étant d'ailleurs, je l'admets encore, qu'une des unités constituant la somme de l'intérêt général).

Partant, il me semble difficile de voir dans la tutelle une charge publique. On en pourrait pourtant apercevoir deux raisons, l'une de fond, l'autre de forme, unies d'ailleurs par la plus étroite parenté. La raison de fond c'est l'intérêt de l'Etat ; la raison de forme c'est l'intervention de la loi et des magistrats dans l'organisation et le fonctionnement de la tutelle J'observerai en passant que c'est cette dernière qui touchait particulièrement nos anciens jurisconsultes. « La tutelle dative, dit Pothier, « étant une charge publique, *en ce sens qu'elle est déférée par l'autorité publique*, il s'ensuit etc. (1). » La réponse à l'une et à l'autre objection me paraît assez simple, et je crois l'avoir fait pressentir. Avec un tel système, comme le fait très bien observer M. Laurent, il n'y aura plus que

(1) Traité des personnes. Sect. 4, titre VI. § 2.

des charges publiques. Car, d'une part, toutes les fois qu'il est question d'un intérêt privé, l'intérêt social s'y rattache, comme le sort d'un fleuve ou d'une rivière est lié à celui de chacune des gouttes d'eau qui contribuent à sa formation; et, d'autre part, il n'est pas une autorité, pas une fonction, qui ne soit réglée ou qui ne puisse l'être par la loi civile, et qui échappe complètement au contrôle des magistrats. Prenons un exemple emprunté à notre Droit français. Ne faudra-t-il pas dire que chez nous la puissance paternelle est aussi une charge publique, puisque le Code civil lui trace ses limites, et puisque son attribut théoriquement le plus énergique, je veux parler du droit de correction, ne peut être mis en vigueur sans le concours d'un président ? Mais, s'il en est ainsi, on sera obligé d'admettre, sous la pression de la logique, qu'un père français, s'il change de nationalité, et un mari français, s'il se trouve dans le même cas, ne pourront plus désormais exercer en France ni la puissance paternelle, ni la puissance maritale.

Une telle solution était excellente à Rome (1). Le pas-

(1) Fiore (Droit int. privé. Livre 1er, ch. XII, p. 302) dit qu'on s'est appuyé à tort, en Droit romain, sur les mots *jure civili data ac permissa* pour soutenir que l'étranger ne peut être tuteur. « Ces termes signifient en effet « que la tutelle était gouvernée par les lois, par les sénatus-consultes et par « les usages, non par le préteur. Les mêmes Romains pourtant considé- « raient les tutelles des impubères comme étant de Droit naturel, *quia id « naturali rationi conveniens est ut is qui perfectæ ætati non sit, alterius tutela « regatur.* Si l'étranger ne pouvait être nommé tuteur à Rome, c'était parce « qu'il n'avait pas la *testamenti factio*. Il ne pouvait y être appelé comme « agnat, parce que le *jus agnationis* n'existait pas entre citoyen et étranger « Mais ces raisons n'existent plus aujourd'hui; aussi les étrangers sont-ils « admis à jouir des droits civils et peuvent-ils, par conséquent être tuteurs « quand cela est conforme aux intérêts de la personne qui doit être sou- « mise à la tutelle. » Je n'ai pu résister au désir de citer un auteur qui

sage de l'état de citoyen à celui de pérégrin entraînait la perte de tout le *jus civile*. Dans leur politique égoïste, justifiée peut-être par les mœurs et les nécessités de l'époque, et d'ailleurs généralement suivie à l'enfance de tous les peuples, les Romains reconnaissaient deux Droits, l'un seul digne de ce nom et digne d'eux-mêmes, l'autre bon pour le reste du monde. Voilà comme ils comprenaient le Droit civil et le Droit privé, ou Droit des gens. Aujourd'hui, si les mots restent, il faut convenir que la base de la distinction a bien changé. Elle ne repose plus sur le calcul personnel et quelque peu méprisant d'un peuple qui se met en dehors de l'humanité; elle procède d'une idée juste, à savoir que si les principes généraux du Droit doivent être uniformément reconnus chez tous les peuples, le législateur de chaque pays a le droit d'en faire une application qui sera propre aux régnicoles et plus particulièrement conforme à leur tempérament. Or la puissance paternelle rentre précisément dans cet ordre de principe généraux qui sont admis, si j'ose le dire, à passer la frontière, et la diversité des législations, qui contribuera à la faire varier quant à la forme, n'aura jamais pour effet de mettre en question son existence. On ne conteste donc pas qu'un père étranger soit admis, chez nous, à exercer un droit de puissance sur son descendant français; dès lors il a bien fallu, pour ruiner notre système, faire une différence entre le père et le tuteur. M. Demolombe la formule

a tous les droits d'être entendu en notre matière, mais je ne crois pas devoir me rendre solidaire de l'opinion qu'il exprime, et d'après laquelle les Romains auraient considéré la tutelle comme étant *jure naturali*.

ainsi : « Il y a entre la puissance paternelle et la tutelle « cette différence que la première est un pouvoir essen- « tiellement personnel à l'ascendant et qui ne s'exerce « point par délégation, tandis que la tutelle est un man- « dat émanant plus directement de la loi, qui peut la « confier à un autre qu'au père lui-même. » Que la puissance paternelle ne puisse être déléguée, celà ne nous paraît qu'à demi exact. Un père qui confie son fils à un précepteur ou à un patron, lui fait, ce nous semble, une délégation partielle de son pouvoir. Il y a mieux : lorsque le père encourt certaines condamnations pénales, la loi lui retire la puissance paternelle pour la confier à la mère. N'est-ce pas là une sorte de délégation *forcée?* Celà prouve, en tout cas, que cette puissance n'est pas *essentiellement personnelle* au père, puisque la loi peut l'en dépouiller pour la transporter ailleurs. J'avoue, sur ce terrain où M. Demolombe porte la discussion, ne pas saisir sa pensée ou être réduit à la trouver fausse. Est-ce que, d'ailleurs, les pouvoirs du tuteur ne lui sont pas non plus *personnels?* Est-ce qu'il est admis à les céder comme un meuble ou une créance?

Il y a peut-être autre chose dans l'idée de M. Demolombe. En parlant de pouvoir essentiellement personnel à l'ascendant, n'a-t-il pas voulu dire que le père tire son droit d'une loi naturelle et universelle, tandis qu'il n'y a de tutelle et de tuteur qu'en vertu d'une loi positive? Entendue ainsi, sa proposition signifierait que la tutelle est de *droit civil*, tandis que la puissance paternelle appartient au *droit des gens*.

Tel est, en effet, le sentiment d'un grand nombre d'au

teurs. Nous ne saurions le partager. Evidemment, la tutelle ne fonctionne en France, en Belgique, en Italie, en Prusse, que parce que le législateur français, belge, italien, lui a fait sa place dans les Codes. Mais pouvait-il ne pas la lui faire? Là est toute la question. On reconnaît qu'il n'y a pas un pays au monde de mœurs et de constitution politique telles qu'il puisse méconnaître le principe de la puissance paternelle : en peut-on signaler un où l'idée qui sert de base à la tutelle soit contestable? Se trouve-t-il une terre, un continent où l'on comprenne que l'incapable puisse se passer de protection? Mais, s'il en est ainsi, rien ne s'oppose à ce que la tutelle soit comptée parmi les institutions du Droit des gens. Le caractère propre de ces institutions c'est précisément qu'elles sont partout nécessaires. En présence de la situation normale, celle d'une famille ayant à sa tête le père et la mère, dirigée par eux, nul ne conteste le caractère universel de leur autorité, en ce sens qu'elle est reconnue partout, sauf règlement de son exercice. Pourquoi, devant une autre situation, moins fréquente, mais plus digne d'intérêt, celle d'enfants privés de l'un ou de l'autre de leurs auteurs, ou de tous les deux en même temps, pourquoi refuser le cachet de l'universalité aux mesures qu'elle provoque, de sorte que chaque législateur semble dire : « Je protège, « il est vrai, l'orphelin, j'admets l'institution de la tutelle, « mais je reconnais que cette institution *peut* ne pas exis- « ter ailleurs »?

C'est l'idée, en effet, à laquelle on aboutit, lorsqu'on prétend ranger la tutelle dans la classe des droits civils. Peu importe d'ailleurs que les pouvoirs et les obligations

du tuteur varient avec les diverses législations. Cela touche à une autre question, celle des statuts, que nous examinerons en son lieu. Mais un des droits qui figurent bien certainement dans le *jus gentium*, celui de propriété, n'est-il pas soumis aux règles les plus variables? En ce qui concerne sa transmission, par exemple, les modes de publicité qui doivent l'accompagner sont tout différents, en Allemagne et en Autriche, de ceux que la loi de 1855 a consacrés en France. Les droits réels qui peuvent la grever, servitudes, usufruit, hypothèques, ne sont ni partout les mêmes, ni partout réglementés de la même façon. Cela n'empêche pas qu'un étranger puisse être propriétaire en France, et la réciproque est incontestable, même vis-à-vis de l'Angleterre, depuis le statut de 1870 (1). Voilà précisément ce que nous demandons en matière de tutelle : qu'il puisse exister, entre le tuteur et son pupille, une différence de nationalité, sauf à déterminer quelle loi leur sera dès lors applicable. M. Laurent ajoute à ces considérations une simple observation qui a son importance : « Si, dit-il, la tutelle est vraiment de droit ci-« vil, elle présente ce caractère non-seulement quant au « tuteur, mais encore quant au pupille; par suite, de « même qu'un mineur français ne peut avoir pour tuteur

(1) Les pays où l'accès de la propriété immobilière est encore fermé aux étrangers sont devenus extrêmement rares. L'Angleterre et la Turquie, qui résistèrent le plus longtemps, ont réalisé des réformes. On pourrait citer encore aujourd'hui la république d'Haïti, mais on s'accorde à voir là surtout une mesure de précaution contre les Américains. Du reste, c'est dans un même ordre de préoccupations politiques que certains Etats de l'Amérique du nord empêchent les Chinois de devenir propriétaires sur leur sol, et qu'en Roumanie les Juifs sont placés sous un régime d'exception.

« qu'un Français, de même un Français ne peut servir de « tuteur à un mineur étranger » (1). Partant, il faudrait décider, contrairement au bon sens, à l'humanité, et même à une pratique constante, que des enfants allemands, belges, italiens, se trouvant sans protection sur notre sol, ne pourront jamais, même à titre provisoire, être placés en tutelle par les magistrats français. — Or, comme le dit avec raison un autre auteur : « Tous les ju« risconsultes ont reculé devant cette conclusion, et par « là même ont bien montré que la tutelle n'est point ex« clusivement organisée en vue des nationaux, qu'elle ne « constitue point pour le pupille un droit civil. Dès lors « comment prétendre qu'elle en est un pour le tu« teur ? » (2).

Toute cette discussion a déjà pour résultat de nous permettre d'en éviter une autre, qui a été vraiment trop agitée pour être désormais intéressante : je veux parler de la célèbre controverse qui porte sur l'art. 11 du Code civil. Peu nous importe en effet, dans la matière, de savoir quelle participation au juste les étrangers pourront prendre à notre droit civil, puisque l'institution que nous examinons dépend du *jus gentium*. — D'autre part il nous a paru utile, avant d'aborder l'étude de la tradition, de résoudre une difficulté qui est sœur, on peut le dire, de celle qui concerne la tutelle *charge publique*. Car faire de la tutelle une charge publique, ou lui attribuer le caractère d'un droit civil, par opposition au *jus gentium*, c'est toujours, au fond, prétendre monopoliser, nationaliser

(1) Laurent. Droit civil international. Tome III, p. 603.
(2) M. Chavegrin. Revue critique. 1883, p. 517.

une institution qui est naturelle et universelle. Et, en réfléchissant, on reconnaîtra vite que ces idées s'inspirent toutes deux de la vieille tendance romaine ; qu'elles supposent une méconnaissance partielle des droits du mineur, puisqu'elles font intervenir, sur un terrain qui lui semble absolument propre, des considérations un peu égoïstes, et quelque chose comme la raison d'Etat. L'analyse de la tradition va mettre cette idée en lumière.

La tradition, tel est, en effet, le point d'appui de nos adversaires. Merlin, qui s'en fait l'écho, s'exprime en ces termes : « Une autre condition est qu'on puisse exercer les charges publiques. Ecoutons Brillon au mot *Tuteur*, « n° 74 : Par arrêt du 14 mars 1778 il a été jugé à la « grand'chambre du Parlement de Paris, sur les conclu- « sions de M. Lamoignon, avocat-général, que la tutelle « est une charge publique, et que le père qui a obtenu « des lettres de rappel de ban, avec clause néanmoins « qu'il ne pourrait exercer aucun office de judicature, ni « autres fonctions publiques, de quelque nature qu'elles « puissent être, ne pourrait être tuteur de ses enfants. — « Dans le Droit, la tutelle est *munus publicum*, c'est la « remarque de Justinien en ses Instituts, titre *De excusa-* « *tionibus tutorum*. Dans notre droit français, elle est « encore plus publique en quelque manière; elle est déférée par l'autorité du juge, et le tuteur prête ser- « ment (1). »

Après Merlin, d'éminents jurisconsultes admettent sans examen — au moins apparent — et toujours au nom

(1) Répertoire. V. Tutelle, sect. 3 § 2.

d'une *tradition constante*, cette idée que la tutelle est une charge publique. Voici comment s'exprime M. Demolombe : « La tutelle a toujours été considérée comme « une fonction publique, *munus publicum*. Aussi, ne peut-« elle pas, en général, être refusée sans excuse légitime « (art. 427), les femmes, sauf de rares exceptions, en sont « exclues (art. 442), d'autres incapacités sont encore « prononcées (art. 443, 444), la loi enfin confie la prési-« dence du conseil de famille au juge de paix (art. 416), « c'est-à-dire à un magistrat dont la présence est de plus « en plus exclusive du concours d'un étranger dans les « opérations de la tutelle française (1). »

Chez M. Valette (2), on croit voir poindre le doute. Il constate la tradition sans y insister, et surtout sans l'approuver. « Quant aux fonctions de tuteur, il *semble* qu'un « étranger ne puisse les exercer en France, et que ces « fonctions aient été regardées par la loi comme des « *sortes* de charges publiques. Du moins telle est la pra-« tique constante. »

Telle était, en effet, la pratique constante au temps où M. Valette écrivait ces lignes. Nous verrons que depuis cette époque la jurisprudence a évolué d'une façon très significative vers le système que nous adoptons, sans l'admettre pourtant dans son ensemble. Mais un point bien certain, et nous aurions mauvaise grâce à le con-

(1) Demolombe. Tome I[er], n[os] 245 *in fine* et 246. Cette accumulation de considérations et de textes semble présenter un appareil menaçant pour notre système. On va voir que rien dans tout cela n'est décisif et que tout s'explique sans l'idée que la tutelle est une charge publique.

(2) Cité dans un article de M. Desmasures. Revue pratique, 1875. Page 561.

tester, c'est que, depuis Justinien jusqu'à nos jours, la tradition est contre nous.

Dans cette matière, où l'on prétend fermer la bouche à la contradiction en invoquant le respect dû aux anciennes autorités, on nous permettra de dire d'abord deux mots sur le rôle et l'importance de la tradition en général. Elle n'est pas par elle-même, il faut bien le dire, et indépendamment de l'idée à laquelle elle s'applique, un argument, un élément de conviction. On a crû longtemps au mouvement de rotation du soleil autour de la terre, et pourtant personne ne s'aviserait de soutenir aujourd'hui une pareille doctrine, la tradition à la main. Prenons un exemple emprunté aux choses du droit : l'esclavage n'a été définitivement aboli en France qu'en 1848 ; c'est une institution qui a l'âge de l'humanité. Malgré cete consécration longue et authentique, quel jurisconsulte proposerait aujourd'hui son rétablissement ? Pour montrer toute notre pensée, nous dirons qu'à notre avis la tradition n'a de valeur et ne peut être invoquée à propos que lorsqu'elle a trait à une idée encore discutable, à une opinion attaquée, mais non définitivement condamnée, à une manière de voir qui n'a pas « fait son temps ». Il est évident qu'alors deux principes étant aux prises, c'est fournir à l'un un appoint considérable que de le fortifier par l'appui des siècles passés. C'est fournir à ce principe *combattant* une armure très résistante. Mais il est bien évident que, s'il s'agit d'un principe *mort*, l'adjonction d'une armure ne saurait rien ressusciter.

Or il est manifeste qu'on n'a pas tout dit lorsqu'on a décoré la tutelle de l'étiquette *munus publicum*. La formule

ne signifie rien ; c'est l'idée qu'elle recouvre qu'il faut aller chercher: c'est de cette idée qu'il faut savoir si elle est morte ou vivante, si par conséquent il convient d'invoquer la tradition à son sujet. Dans notre conviction, cette idée là n'est pas autre chose que l'ancienne et première conception romaine de la tutelle, condamnée aujourd'hui, et intervenant encore pourtant dans les théories juridiques, où elle se glisse, à l'insu peut-être de beaucoup d'auteurs. L'histoire du *munus publicum* est celle d'une erreur qui a eu le sort très-heureux de n'être jamais attaquée de front et de traverser les siècles sous le manteau favorable d'un terme sonore et latin.

Ce terme, Justinien l'emploie dans ses Institutes. Il néglige, du reste, de nous apprendre ce qu'il entend au juste par là. Il commence la série des jurisconsultes et des législateurs qui disent *munus publicum*, sans autre explication. De fait, une explication correcte, le vieux droit classique pouvait seul la donner. Ce droit organise la tutelle, nous le savons, dans l'intérêt de la société romaine: cela est surtout frappant quand il s'agit de tutelles légitimes. Mais l'Etat se trouvant être ici l'objet des préoccupations du législateur, la tutelle étant, en définitive, constituée à son profit, rien de naturel, rien de logique, comme de faire du tuteur un homme investi d'une fonction publique. Voilà la période de l'histoire, la seule, où le terme *munus publicum* ne tombe pas à côté.

Justinien, sans refondre complètement l'institution de la tutelle (1), l'envisage à un autre point de vue, le vrai.

(1) Je n'ai jamais prétendu que les impubères fussent mal protégés par le

Il ne fait du reste en celà que suivre un mouvement commencé fort avant lui. D'ailleurs ce changement d'aspect n'est pas le résultat d'un examen philosophique et juridique, dans lequel l'idée fausse, prise pour ainsi dire corps à corps, eût été définitivement terrassée. C'est la conséquence de l'adoucissement des mœurs, le travail inconscient de la civilisation. Mais on voit tout de suite pourquoi cette idée de *charge publique*, malgré son vice d'origine, va passer intacte à travers les générations de commentateurs. D'abord, elle n'a pas été discutée comme corollaire de faux principes. Ensuite, elle ne soulève à cette époque aucune question irritante, comme il arrive de nos jours, à propos du Droit international. Enfin, il faut le dire, elle puise un élément de vitalité dans le mécanisme même de la tutelle, dans l'intervention des officiers publics, qu'il s'agisse de nommer un tuteur, de le surveiller ou de le suppléer. Ce luxe d'autorité publique, entourant la tutelle, fait illusion aux jurisconsultes du Bas-Empire, comme plus tard aux légistes français.

Lorsque le Droit romain commence à reprendre quelque vigueur en France, c'est-à-dire vers le treizième siècle, trouve-t-il, sur ce point particulier, un élément contradictoire dans la théorie féodale ? Voyons d'abord comment la féodalité a compris la tutelle.

droit romain, ni par conséquent que l'ancien droit classique dût subir une refonte pour que la responsabilité des tuteurs fût fortement consacrée. Il est incontestable qu'à Rome les tuteurs ont toujours été rigoureusement traités; mais au nom de quel principe, en vue de quel intérêt ? C'est le point de vue que je n'ai cessé d'envisager depuis le commencement de cette étude, et ma conclusion a été que les préoccupations du législateur romain ont été beaucoup plus tournées vers la société ou l'Etat que vers l'impubère.

Beaumanoir s'occupe de la *garde*, comme on disait à cette époque, dans quelques pages fort intéressantes, édifiantes surtout pour ceux qui croient que l'assistance aux faibles et la protection des abandonnés sont des institutions contemporaines.

Il intitule son chapitre 17 (1) « Des tutères qui sont « baillié as enfans sous-aagiés por garder et aministrer « lor besongnes ».

Voici comment il s'exprime :

« Quant aucuns enfes ou plusor demorent orfelin et « sous-aagié, et il n'est nus prochains parens à qui li « baus on le garde apartiègne de aus, ou il ont bien tex « parens à qui ele apartient, mes il ne les voelent pas « penre : toutes tex manières d'enfans, soient franc ou « gens de poeste, quieent, par droit commun, selon le « coustume de la contée, en le garde du segneur. Et à tix « manières d'enfans, s'ils n'ont rien, li sires les doit faire « porcacer, tant qu'il puissent estre nourri ; et avant doit-« il mètre taille sor ses sougès que li enfant muirent par « défaute de norreture. Et si li enfant ont aucune coze de « leur droit, li sires lor doit baillier un manière de garde « c'on appelle tuteurs, et cil tuteur doivent les enfans et « le lor garder et maintenir au profit des enfants, et « rendre conte bien et loialment au signeur, çascun an « une fois au moins (2). Si cil qui est tuteres por enfans « sous aagiés, a grant coze entre mains por les enfants, li « sire doit penre bone seurté que li bien soit gardé sauve-« ment ».

(1) Edition de M. le comte Beugnot (1842). Tome I, p. 273 et suivantes.
(2) C'est l'origine de notre art. 470.

La conviction qu'on remporte à cette lecture, c'est que l'époque féodale a bien compris la tutelle. Sous la réserve de quelques observations que nous aurons à présenter relativement au bail des fiefs, c'est bien l'idée de protection qui domine, et qui tranche sur toutes les autres Cette protection va jusqu'à assurer l'entretien des enfants, s'ils n'ont rien, ce à quoi le droit classique romain semble ne pas avoir songé ; et s'ils ont un patrimoine, son intégrité est assurée par une surveillance plus jalouse peut être qu'elle ne semble l'être dans le Droit moderne.

A un autre point de vue, la notion pure de la tutelle semble bien consacrée : c'est à la famille que revient en première ligne la garde des enfants. Sans doute elle n'est pas obligée de la prendre, et c'est la principale différence qui sépare la garde féodale de la tutelle moderne. Si les parents se dérobent, on n'insiste pas, c'est le seigneur qui la recueille. Mais c'est là, j'ose le dire, un acte de juridiction toute paternelle, où l'idée de pouvoir public, telle que nous la concevons aujourd'hui, n'apparaît pas. C'est moins comme dépositaire de la souveraineté qu'en sa qualité de père d'une famille féodale et de protecteur naturel des faibles que le seigneur prend la garde en main. Aussi ne faudrait-il pas conclure de cette intervention du seigneur, c'est-à-dire en définitive de l'Etat, qu'à cette époque on se soit fait de la tutelle l'idée d'une charge publique. Je crois très sincèrement que Beaumanoir ni les autres jurisconsultes n'ont pas songé à cette question. La féodalité ne s'occupait guère de donner à ses institutions privées une étiquette juridique, choisie avec soin, qui renfermât, sous une forme brève, le germe de déductions et

de conclusions étendues. Aujourd'hui on fait sortir du mot *charge publique* beaucoup de choses. A l'époque féodale, on n'y eût pas attaché grand sens. Il convient même de remarquer que Beaumanoir ne se sert pas du mot *charge*, ce qui peut s'entendre d'un fardeau ou d'une magistrature. Il ne définit pas : il constate seulement l'existence d'un ensemble de mesures que commandent la religion et l'humanité et qui s'imposent d'elles-mêmes.

Il y a quelque chose de plus dans le bail des fiefs. Ici, la préoccupation sociale et politique (tranchons le mot, quoiqu'il sonne mal dans une théorie du moyen-âge) se manifeste incontestablement, Beaumanoir définit le bail : (1) « Bail si est quant aucuns parents meurent, et il a en-
« fans qui sont sous aagiés et qui ne povent ou ne doi-
« vent venir à l'ommage du segneur, de ce qui lor est
« descendu par raison de fief de lor père, de lor aiol ou
« de leur aiole ou de leur mère, ou de plus haut degré en
« ascendant. »

Dans ce cas les plus proches de la ligne du côté de laquelle le fief se meut peuvent prendre le bail, sous la charge de rendre hommage au seigneur, de desservir le bail et de payer un droit de rachat. Ils doivent alors nourrir et entretenir les enfants. Beaumanoir cite à ce sujet des espèces assez curieuses. Il ajoute que nul n'est contraint à prendre le bail, mais que nul non plus ne peut s'en dégager. C'est la même règle qu'en matière de succession.

Le terme même *bail des fiefs* dit assez qu'il ne s'agit que de biens nobles « *En vilenage n'a point de bail.* » En ver-

(1) Ch. 15. P. 244. Edition déjà citée.

tu de l'organisation féodale, tout détenteur de fief doit des services (ost, plaid, cour) sous peine de commise. Un seigneur vient à mourir, laissant un enfant en bas âge, cet enfant ne pouvant fournir ces services, force est bien de remettre provisoirement le fief entre les mains d'une personne capable. On sent qu'il est beaucoup moins question ici d'organiser une tutelle que d'assurer l'application des principes féodaux. Le bail des fiefs est imaginé en l'honneur du droit public de l'époque. Envisagé dans la personne du bailliste, il constitue même beaucoup plus un droit qu'une charge : car celui qui tient le bail gagne tous les *esplois des fiés*, et tous les meubles de celui dont le bail vient, s'il n'y a point de testament.

Il n'est donc pas douteux que cette institution féodale ne constitue un *munus publicum*, mais il n'est pas douteux non plus qu'elle ne corresponde que dans une très faible mesure à la théorie de la tutelle. Si on tient à lui assigner une institution parallèle dans le droit moderne, c'est plutôt, et sauf bien des réserves, l'usufruit légal des père et mère. Mais la véritable tutelle de l'époque est celle dont nous avons décrit le mécanisme en citant une page de Beaumanoir. Celle-là n'est certainement pas un *munus publicum* dans le sens et conformément aux aspirations des Romains, car elle est fondée avant tout sur l'intérêt de l'incapable. Si, à l'époque où l'ancien droit français s'est formé, par le confluent des idées romaines et des vieux principes coutumiers, on eût sondé les institutions et sévèrement examiné l'esprit qui les dominait, peut-être eût-on répudié ce caractère de fonction publique que le droit romain attribuait à la tutelle. Mais on ne soupçonnait pas

le danger et l'erreur dissimulés sous la forme ; à partir du treizième siècle, on sait quelle faveur le droit romain obtint en France ; alors, une formule du Justinien c'était beaucoup. Le *munus publicum* fut donc accepté sans réserve, et les grands jurisconsultes des siècles suivants semblent prendre à tâche d'ajouter à ses attraits juridiques, en organisant la tutelle sur des bases qui lui sont absolument favorables.

On sait en effet que, dans l'ancienne France, l'intervention de l'autorité publique en matière de tutelle n'est plus, comme sous Justinien, subsidiaire, médiate, facultative. Elle se produit et s'affirme à l'instant même de l'ouverture, elle domine les droits de la famille. C'est elle qui fait et qui règle tout. Ecoutons Bourjon (1). « On doit « pourvoir les enfants mineurs et qui sont privés de leurs « père et mère, ou de l'un d'eux, d'un tuteur. Le survi- « vant des père et mère n'est pas, de droit, tuteur de ses « enfants, puisque, parmi nous, ce n'est pas la loi qui dé- « fère cette qualité, et que toute tutelle est dative. Même « observation sur la tutelle portée par le testament du « père : elle doit être confirmée ». Et Pothier (2) pour insister encore davantage sur cette idée que toute tutelle est dative, c'est-à-dire émane de l'autorité publique, ajoute: « Lorsque les parents convoqués par le juge ont élu un « d'entre eux pour la tutelle, le juge le nomme tuteur ; « l'élection que les parents en font sert de motif au juge ; « et ce n'est pas de cette élection, mais du *décret du juge* « que le tuteur tient sa qualité de tuteur. »

(1) Droit commun de la France. Titre Ier, ch. 2. Sect. 1re. Distinctions I et III.
(2) Traité des personnes. Titre VI. Section 4 § 2.

Il faut dire cependant que toutes les Coutumes ne repoussaient pas les tutelles légitime et testamentaire. Pothier (1) nous dit encore : « Parmi nos Coutumes qui ont ad-« mis une tutelle légitime, quelques-unes ne la donnent « qu'au père survivant où à la mère survivante... La Cou-« tume d'Orléans la défère non seulement aux ascendants « soit entre nobles, soit entre roturiers, mais même aux « collatéraux nobles. Elle la défère aussi aux femmes, en « préférant néanmoins en pareil degré les mâles, et elle « donne à cette tutelle légitime le nom de bail, mais ce « n'est point une charge nécessaire. »

Pourtant, la règle générale est que toutes les tutelles sont datives. Aussi nul doute qu'à cette époque elles ne soient considérées comme des charges publiques. Les auteurs le répètent à l'envi. Il faut avouer en effet que le *munus publicum* a la partie belle. Il vaut d'abord par son origine romaine : il passe en outre pour un terme fort exact, étant donnée la théorie nouvelle ; n'est-ce pas le roi qui nomme aux charges publiques, et le juge qui désigne le tuteur n'est-il pas l'intermédiaire, le délégué du roi ? — Aussi la question de savoir si l'étranger peut être tuteur ne se pose même pas. Bourjon, à notre connaissance, n'en parle nulle part, Domat non plus; Pothier (2) n'en dit qu'un mot, que ses contemporains ont peut-être taxé d'inutile. « La tutelle dative étant une « charge publique, en ce sens qu'elle est déférée par « l'autorité publique, il s'ensuit qu'il n'y a que ceux qui « jouissent de l'état civil dans toute son étendue qui en

(1) Traité des personnes. Titre VI. Sect. 4.
(2) Traité des personnes. *Loc. cit.*

« soient capables. C'est pourquoi les aubains, ceux qui « sont morts civilement, etc., sont incapables de cette « tutelle dative. »

Et pourtant, ce qui prouve que tout cet édifice est fragile, qu'on obéit bien plus à la force des mots qu'à la force des choses, c'est que, si les auteurs décident à l'unanimité que la tutelle est une fonction publique, ils ne se rencontrent plus dès qu'il s'agit de dire en quel sens et pourquoi. Nous connaissons l'appréciation et le motif de Pothier ; écoutons Ferrière : « Il ne faut donc pas se figu- « rer que parce qu'on la qualifie de charge publique, « elle soit une dignité, un titre d'honneur : c'est ce « qu'a parfaitement bien expliqué Loyseau, en son Traité « des offices. La tutelle est dite charge publique *parce qu'il* « *n'est pas loisible de se refuser à l'acceptation d'icelle.* » (Traité des Tutelles, partie III, sect. I). — Voilà Ferrière et Loyseau écartés, par la justesse de leur esprit, de la route suivie par la majorité des auteurs. Pour eux, il ne s'agit pas d'un *munus*, mais d'un *onus publicum*. Doctrine qui proteste contre les idées romaines ; qui, considérant la tutelle beaucoup moins en magistrature qu'en impôt, laisse le champ absolument libre aux tendances du Droit international. Avec ce système, que Ferrière ne fait malheureusement qu'ébaucher, l'extranéité devient une cause d'excuse, non d'exclusion. Et ce qui prouve, entre autres traits, à quel point le célèbre auteur se dégage des conceptions étroites et égoïstes de l'ancien Droit romain, c'est ce principe qu'il proclame, principe vraiment humanitaire et presque touchant, en vertu duquel le plus proche voisin peut, en cette seule qualité, être forcé de pren-

dre la tutelle (1). Certes, voilà une charge publique à laquelle on ne saurait reprocher d'être déférée dans l'intérêt de l'Etat !

On le voit, nous avons été obligé de parler beaucoup de la tradition pour montrer qu'elle n'a rien à voir dans notre débat. Mais il était indispensable de faire l'historique de ce malentendu. Il se produit dès avant Justinien, dès l'époque où le point de vue classique commençant à être abandonné, on garde une de ses formules, pour la transmettre précieusement à la postérité. Aussi, la même tradition qui nous a apporté, depuis Justinien, une conception juste de la tutelle, a charrié en même temps une sorte de brocard qui fait le plus grand tort à cette conception. Il semblerait qu'aujourd'hui, le danger ayant été signalé, il ne reste plus qu'à rayer le *munus publicum* de la littérature juridique. Mais là-dessus on fait difficulté. C'est que l'idée romaine, répudiée par tous dans son expression brutale, hante encore beaucoup d'esprits, au moins à l'état de vague tendance. On admet bien que la tutelle est une institution essentiellement protectrice des intérêts d'un incapable. Nul n'hésiterait à désavouer Ulpien dans sa célèbre formule. Et pourtant, quand on descend dans les détails, quand on est en demeure d'appliquer franchement le principe, on se heurte encore à l'intérêt de l'Etat, à la question de souveraineté. Je voudrais montrer plus nettement encore comme quoi la préoccupation romaine est au fond de toutes les théories modernes qui considèrent la tutelle comme une charge

(1) Traité des Tutelles, Partie III, Section I.

publique. Quelle raison donne-t-on, quand on veut bien faire grâce au contradicteur de la formule consacrée, pour écarter un parent étranger de la tutelle? C'est qu'il est contraire au principe de souveraineté qu'un aubain régisse des immeubles sur notre territoire ; plus généralement, qu'en sa qualité d'étranger au pays, il imprimera à la tutelle une direction qui pourrait bien n'être pas conforme aux intérêts de la France !... — Sans nous arrêter au caractère vague et même faux d'une telle argumentation, nous ne pouvons nous empêcher de citer les lignes qu'elle inspire à un auteur belge (1), critiquant certain jugement du tribunal de Namur : « Lorsqu'il apparaît au « conseil de famille que le parent étranger est néanmoins « en situation d'être un meilleur tuteur pour l'enfant que « les autres qu'on pourrait lui donner, il est à regretter « que ce *meilleur* tuteur soit écarté comme étranger au « pays, pour être remplacé par un tuteur qui sera peut-« être étranger à l'enfant ! »

A supposer donc qu'il y eût un conflit d'intérêts, c'est, je crois, celui du mineur qui devrait peser davantage dans la balance. Mais à moins de chercher des hypothèses extraordinaires, de pénétrer dans l'invraisemblable, ce conflit, on ne le découvre pas. Quel danger ressort pour l'Etat français de l'extranéité d'un tuteur ? On craint peut-être qu'il n'use de son influence pour détourner l'incapable de sa patrie ? C'est un peu chimérique et on conviendra qu'une telle base est, pour une théorie juridique, bien étroite et bien fragile. Quant à l'administration des biens,

(1) M. Laurent (Dr. civil internat. Tome VI, P. 201) le cite sans le nommer

elle a lieu, comme nous le verrons, suivant la loi nationale du pupille, c'est-à-dire, dans l'espèce, conformément au Code civil. Est ce que d'ailleurs les immeubles que le mineur possède en France cesseront d'être soumis aux charges foncières, de payer l'impôt ? Est-ce qu'on pourra établir sur eux d'autres servitudes que celles consacrées par la loi française? En aucune façon. Je cherche toujours ce danger sans le trouver nulle part. Voilà pourtant, avec des idées vagues recouvertes de formules pompeuses, à quoi on est arrivé : au nom de je ne sais quel intérêt public, qu'on serait bien embarrassé de préciser, on méconnaît complètement celui du mineur, c'est-à-dire, en définitive, la nature et le but de la tutelle.

L'intérêt de l'incapable est bien évidemment, en effet, qu'il soit placé sous la tutelle de son plus proche ascendant, ou de l'homme désigné par le père ou par le conseil de famille. Les liens du sang et un tel choix constituent des garanties de premier ordre, et la question de nationalité n'a pas ici d'influence. Pourtant, sur ce terrain, on a encore proposé d'assez faibles objections, dont nous avons hâte de nous défaire. On a dit que l'étranger ne se trouverait pas attaché à notre pays par des liens aussi solides que le Français, et déserterait trop facilement une gestion tutélaire dont le siège serait en France. C'est prétendre alors que le père ou le conseil de famille n'ont pas tenu compte de cette considération de fait, après l'avoir pesée, ce qui constitue un soupçon gratuit et injuste — ou qu'ils n'y ont pas seulement songé, ce qui aboutit à mettre à leur compte une légèreté impardonnable. A plus forte raison, lorsqu'il s'agit d'un père ou d'une mère tuteurs

légitimes, l'objection porte à faux. Comment peut-on supposer qu'ils se désintéresseront aisément des intérêts de leur propre enfant ? On arrive d'ailleurs à l'absurde. Ainsi un tuteur français, non parent du mineur, prendrait plus à cœur la gestion de la fortune de cet enfant, située en France, que les ascendants eux-mêmes, appartenant à une autre nationalité ? La communauté de patrie offre donc des garanties plus sérieuses que les liens du sang les plus étroits ?

On a dit encore — et ici se révèle toute la faiblesse du système — que le tuteur étranger n'a souvent aucun immeuble en France, et que les dispositions de l'art. 2121 du Code civil seront réduites à une lettre morte. Mais où a-t-on vu que le tuteur, d'après le Code, dût *nécessairement* être propriétaire d'immeubles, qui répondissent de sa gestion ? S'il en a, c'est une excellente chose, une garantie de plus, qu'un tuteur étranger fournira souvent, en France même, tout comme un autre. Mais juridiquement il n'y a pas là une condition *sinè quà non*. On peut ajouter d'ailleurs que cette sûreté, si le tuteur ne la fournit pas en France, il pourra l'offrir à l'étranger. Nous verrons plus tard que souvent l'hypothèque légale pourra, à travers les frontières, atteindre ses biens.

Mais nous n'avons pas à nous éterniser sur le terrain des principes et des idées générales. Pour que notre système soit acceptable, il lui faut en outre la consécration du Droit positif — ou tout au moins il faut que le Droit positif, en le ruinant par un texte, n'en fasse pas une stérile critique de législation.

On invoque en faveur de cette idée que la tutelle est

une charge publique, inaccessible aux étrangers par conséquent, les travaux préparatoires et certains articles des Codes civil et pénal. Quant aux travaux préparatoires, nous ne pouvons mieux faire que de laisser la parole à un avocat, M. Desmasures (1), qui a étudié la question à propos d'un arrêt célèbre de la Cour de cassation (1875). « Après les avoir sérieusement consultés, dit-il, nous en « avons rapporté une fois de plus la conviction qu'ils « viennent libéralement au secours de toutes les inter- « prétations. » Nous allons voir en effet qu'ils ne peuvent, sur cette matière, servir de point d'appui à aucune thèse.

Le tribun Huguet. dans son rapport au Tribunat, dit ceci : « Ce n'est pas une législation nouvelle qui vous est « soumise, c'est un ensemble de règles et de maximes « déjà éprouvées par l'expérience des siècles, et que la « raison a justifiées depuis longtemps. C'est un choix « fait, soit dans le droit écrit, soit dans le droit coutumier, « des meilleures institutions de cette matière. » — Il ajoute un peu plus loin : « Il est de principe que la tutelle « est une charge publique. » — Leroy et Berlier sont de cet avis.

A supposer même que Huguet, Leroy et Berlier aient voulu « consacrer la tradition », il ne s'agit, après tout, que de leurs opinions personnelles, et nous savons d'ailleurs ce que vaut la tradition en cette matière. Mais sans manquer au respect que nous devons aux rédacteurs du Code, on peut affirmer, je crois, qu'ils ont accueilli le *munus publicum* comme un héritage facile de l'ancien

(1) Revue critique, 1875, p. 561 et suiv.

droit, et que cette proposition : *la tutelle est-elle une charge publique*, n'a pas été sérieusement discutée par eux. Il est douteux par conséquent qu'ils aient eu l'intention de faire produire à cette idée tous les résultats qu'elle comporte. Il est douteux, notamment, qu'ils aient songé à l'extranéité du tuteur. J'en trouve la preuve dans ces paroles du tribun Leroy (1). « La tutelle est une *charge* « *publique*, mais c'est aussi et d'abord une *charge de* « *famille*. Ce sera donc un cas de légitime dispense que « celui d'un étranger (2) qui refusera d'accepter la tutelle « lorsqu'il y aura des proches parents ou alliés. »

Il faut avouer que cette déclaration affaiblit singulièrement la portée de la précédente. Si la tutelle est *aussi* et *d'abord* une charge de famille, elle est *aussi* et *d'abord* une charge *privée*, et on ne conçoit pas dès lors pourquoi l'extranéité empêcherait un parent de la remplir. On remarquera au surplus, et ceci prouve que les rédacteurs n'avaient pas des idées fort nettes sur tous ces points — que Leroy prend ici le terme *charge publique* non pas dans le sens de fonction, de mission, mais dans celui de charge proprement dite, de *onus*. C'est la pensée de Ferrière, qui considérait la tutelle comme une sorte d'impôt, pesant sur les seuls citoyens, ce qui ne préjudicie aucunement la question de savoir si un étranger peut, de son plein gré, accepter une tutelle française. Quoiqu'il en soit, on conviendra que tout cela respire l'incertitude.

M. Laurent (3) fait encore observer que « le même

(1) V. Fenet, tome X, p. 676.

(2) Dans la pensée de Leroy, il s'agit évidemment d'un national, étranger à la famille.

(3) Droit civil international. Tome VI. *Loc. cit.*

« Leroy, après avoir dit que la tutelle est une charge pu-
« blique, ajoute qu'elle est déférée au nom d'un intérêt
« particulier, et en conclut, à propos des excuses, que le
« service de l'Etat doit l'emporter sur les obligations du
« tuteur. N'est-ce pas avouer que le tuteur remplit une
« mission d'intérêt privé ? »

Quoique nous soyons, sur le fond du débat, tout-à-fait de l'avis de M. Laurent, nous avouons que l'argument nous semble médiocre. De ce qu'un homme investi d'une véritable charge publique est dispensé de la tutelle, s'ensuit-il que celle-ci soit une charge privée? On pourrait tout aussi bien conclure que le service de l'Etat exige que deux fonctions publiques ne soient pas cumulées par le même individu.

Somme toute, les travaux préparatoires ne jettent, quoiqu'on en dise, aucun jour sur la question. Trouverons-nous plus de lumière dans les textes? On va voir qu'il n'en est rien.

J'observerai d'abord que le mot *charge publique* ne se trouve dans aucun article du Code civil. On a prétendu, il est vrai, qu'il trouve son équivalent dans l'expression *citoyen* dont le Code se sert à deux reprises (art. 430 et 432). Si ce sont des citoyens que la loi appelle à la tutelle, c'est donc que l'étranger n'en est point capable?

La meilleure réponse à cet argument se trouve dans un arrêt de la cour de Paris, du 21 mars 1862 (1), le premier, à notre connaissance, qui ait consacré la doctrine triomphante aujourd'hui (aptitude de l'étranger à la tu-

(1) Sirey, 62, 2, 411.

telle de son descendant français). « Considérant que si le « Code Napoléon se sert à deux reprises du mot citoyen « dans les dispositions relatives à la tutelle, c'est dans « des articles où la qualité de citoyen impose des devoirs « relatifs à la tutelle, ou en dispense, mais jamais dans « ceux qui sont relatifs aux obligations des membres de « la famille à l'égard du mineur ». C'est encore la pensée de Ferrière sous une autre forme. On peut ajouter que le législateur a statué sur le *plerumque fit*, que peut-être d'ailleurs le mot *citoyen* est venu sous sa plume à titre d'expression commode et pour éviter des redites; peut-être aussi ne faut-il voir là que le trait d'une époque où *citoyen* passait pour une appellation glorieuse et les vestiges d'une autre époque où l'on eût risqué sa tête en privant les autres de cette gloire ou en s'en dispensant soi-même (1).

On a également invoqué, mais bien à tort, l'art. 34 du Code pénal. Cet article énumère les incapacités qu'entraîne la dégradation civique, et parmi ces incapacités figurent celle d'être tuteur et celle de faire partie d'un conseil de famille. C'est le signe, a-t-on dit, que la tutelle constitue une charge publique. Nous empruntons à un article excellent de la Revue critique (2) la réfutation de cette idée.

« Les art. 34 et 42 du Code pénal, en énumérant, d'une « part, les incapacités dont l'ensemble forme la dégra- « dation civique, de l'autre celles que les tribunaux cor-

(1) H. Taine. Origines de la France contemporaine. *Passim*.

(2) De la tutelle des mineurs en Droit international, par M. Chavegrin, 1883. p. 519.

« rectionnels peuvent infliger aux condamnés, séparent
« avec le plus grand soin l'exclusion des emplois publics
« et l'interdiction de participer à une tutelle; donc, dans
« la pensée du législateur, les deux ordres de fonctions
« ne se confondent pas. »

On constatera en outre. d'une part que, sur avis conforme du conseil de famille, l'individu frappé de dégradation civique peut être tuteur de ses propres enfants, d'autre part qu'un individu auquel les tribunaux ont retiré les droits mentionnés à l'art. 42 peut l'être aussi, à la même condition. C'est donc bien manifestement, aux yeux de la loi française, autre chose de remplir une charge publique, autre chose de gérer une tutelle! On pourrait ajouter que le mode même de nomination des tuteurs datifs proteste contre cette idée de charge publique. Le juge de paix préside le conseil de famille, mais ce n'est pas de lui que le tuteur tient ses pouvoirs, c'est de la famille elle-même. Grande différence avec notre ancien droit. « La composition du conseil de famille, disait « Leroy, garantit les sentiments affectueux qui doivent « l'animer. Le juge de paix qui le préside lui donnera la « direction de l'impartialité. » Voilà tout son rôle. Or comment comprendre qu'une réunion de parents puisse conférer un emploi public ? Il est manifeste qu'on ne peut recevoir d'elle qu'une mission, une fonction privée.

Je veux encore, en finissant, citer un dernier argument qu'on a produit contre notre thèse. M. Labbé le signale et le réfute dans la remarquable note qu'il a publiée sur l'arrêt de 1875 (1).

(1) Sirey, 75. 1. 193.

« L'étranger tuteur, a-t-on dit, ne pourra pas aussi li-
« brement qu'un national exercer les actions du mineur,
« car il sera assujetti à fournir la caution exigible des
« étrangers demandeurs, en vertu de l'art. 16 du Code
« civil. C'est, à notre avis, une erreur. Quand le tuteur
« plaide, exerçant un droit du mineur, c'est le mineur
« qui est partie en cause, et non le tuteur. C'est la natio-
« nalité du mineur et non celle du tuteur qui décidera du
« point de savoir si le défendeur peut exiger une cau-
« tion. »

Avec cette objection, nous croyons avoir épuisé la controverse qui s'élève, en doctrine, sur la question de l'extranéité du tuteur. Une étude sommaire de la jurisprudence nous permettra de mettre en lumière les points qu'entoure encore quelque obscurité, et nous pourrons, en joignant à ces éléments un aperçu sur les législations étrangères, dégager clairement notre système.

Il faut reconnaître franchement que les premiers arrêts rendus sur la matière consacrèrent l'opinion qui refuse à l'étranger la capacité tutélaire. Il faut même ajouter que cette jurisprudence, qui se maintint fort longtemps, n'est pas encore ruinée, bien qu'elle ait reçu de sérieuses atteintes. Mais cette évolution même, quoique incomplète, prouve que notre doctrine est bien celle de l'avenir. A mesure que le Droit international se développe, et qu'il imprègne les autres branches du Droit de son esprit large, on voit les anciennes traditions romaines du *jus civile* perdre du terrain. Dans la matière qui nous occupe, ce progrès, cette marche victorieuse du Droit nouveau s'affirme d'une façon très-remarquable.

Jusqu'en 1862, *toutes* les Cours, en toute occasion, ont refusé à l'étranger le droit de servir de tuteur à un mineur français. La Cour de Colmar (23 juil. 1817) s'appuie, pour l'écarter, sur la théorie de l'art. 11 du Code civil. C'est à l'idée de charge publique que fait appel la Cour de Bastia (5 juin 1838). Quant à la Cour de Paris, appelée à se prononcer le 21 mars 1861, elle base sa décision sur ce double motif.

Mais dès l'année suivante (31 mars 1862) elle condamne sa précédente jurisprudence et décide qu'un *ascendant* étranger *peut* (il ne s'agit pas d'une vocation légale) être nommé tuteur de son descendant français (1).

Ce premier pas était timide. La Cour de Cassation est un peu plus hardie dans son arrêt du 16 février 1875 (2) (Du Breignon contre Tidmarsh) qui constitue le monument de jurisprudence le plus important en cette matière. La Cour reconnaît que la nomination d'un subrogé-tuteur étranger, d'ailleurs l'*ascendant* de l'enfant, est valable. Il est évident que ce qu'elle dit du subrogé-tuteur il faut l'entendre du tuteur lui-même; mais deux points restent dans l'ombre, après l'arrêt : 1° Un ascendant étranger a-t-il, outre la capacité, une aptitude, une *vocation légale* à la tutelle de ses descendants français ? 2° Un étranger *non ascendant* a-t-il cette simple capacité?

Ces deux questions sont tranchées, dans le sens de notre doctrine, par des tribunaux dont les décisions n'ont pas, malheureusement, l'autorité qui s'attache à celles de la

(1) Sirey, 62. 2. 411.
(2) Sirey, 75. 1. 193.

Cour suprême. Le tribunal de Versailles (1er mai 1879) et celui de Paris (21 août) (1) ont décidé positivement que l'ascendant étranger peut exercer en France la tutelle *légale* de ses petits-enfants français. Le tribunal de la Seine admet en outre, et c'est un grand point, que l'étranger, parent d'un mineur français, peut faire partie du conseil de famille de ce mineur. Voici un des considérants :
« Attendu qu'on ne saurait trouver un motif d'exclusion
« dans la qualité d'étranger et la résidence hors de
« France ; que les raisons qui font décider que les ascen-
« dants étrangers ne sont pas exclus de la tutelle doivent
« faire décider que les parents étrangers ne sont pas non
« plus exclus du conseil de famille. »

Un an auparavant, cette doctrine avait été consacrée par un tribunal plus modeste, celui de Briey (24 janvier 1878) (2). Nous citons le premier considérant, qui, s'attaquant au Droit romain, vise bien le point capital du système contraire :

« Considérant que si, à Rome, la tutelle, institution de
« droit civil, ne pouvait être conférée qu'aux seuls ci-
« toyens, l'organisation de la famille, qui reposait non
« sur le droit naturel mais sur le droit de cité, le voulant
« ainsi, il en est autrement en France, etc. »

Le dernier arrêt qui, à notre connaissance, ait trait à cette matière, émane de la Cour de Paris et confirme un jugement du tribunal de la Seine (affaire de Chaulnes, 6 juin 1882) (3); on serait peut-être tenté d'y voir la con-

(1) Journal de Droit international privé, 1879, p. 397 et 1880, p. 196.
(2) Dalloz, 1879, 3. 40.
(3) Journal *Le Droit*, du 7 juin 1882.

damnation de notre système, mais, en l'examinant de près, on s'apercevra bien vite qu'il tranche une autre question. Dans ce procès, assez compliqué d'ailleurs, il s'agissait de savoir si, les deux oncles (étrangers) d'une mineure n'ayant pas été appelés à faire partie du conseil de famille, il s'ensuivait *nécessairement* que les décisions de ce conseil fussent entachées de nullité. La Cour répond non, la loi ne prononçant la nullité en pareil cas qu'autant que les plus proches parents du mineur ont été écartés par une pensée de fraude, ce qui, suivant elle, n'existe pas dans l'espèce. Voici, au reste, le considérant qui a trait à notre sujet :

« Bien que, dans certains cas, des étrangers aient été « admis à faire partie du conseil de famille d'un Fran- « çais, leur parent, ce droit, qui est contraire à la loi an- « cienne, ne résulte d'aucun texte précis ; qu'on ne sau- « rait donc admettre qu'en n'appelant pas deux étrangers « à faire partie d'un conseil de famille on ait voulu faire « fraude à la loi, etc. »

On le voit, bien loin que la Cour se prononce sur notre question, il semble qu'elle ait quelque souci de l'écarter. En définitive, la jurisprudence française, si nous le prenons dans le jugement du tribunal de la Seine rendu en 1879, consacre formellement ces deux points : que l'ascendant étranger a une vocation légale à la tutelle — que l'étranger simple collatéral peut faire partie d'un conseil de famille. L'esprit qui anime de telles décisions est bien celui de notre doctrine, et il nous suffira de revêtir d'une formule générale ces opinions qui s'attachent à des espèces.

La jurisprudence belge s'est également prononcée dans ce sens. D'après la cour de Bruxelles (1), « la loi, pour « rendre les parents habiles à constituer un véritable « conseil de famille, s'est surtout attachée à l'affection « qu'elle devait naturellement leur supposer pour le mi- « neur. » Elle en conclut que les parents étrangers sont capables d'être tuteurs.

En général les législations étrangères sont aussi favorables à cette idée (2).

La loi prussienne du 5 juillet 1875 sur les tutelles n'exclut pas les étrangers. Seulement, pour les non-Prussiens, ce n'est pas une charge obligatoire.

Même décision dans la loi wurtembergeoise de 1876. Il faut toutefois ajouter que si le tuteur n'est pas allemand ou ne réside pas sur le territoire, il doit se pourvoir d'une autorisation du ministre de la justice.

L'article 60 de la loi hongroise de 1877 consacre une disposition analogue.

Le système italien est le plus large. L'art. 3 du Code civil accordant aux étrangers la jouissance de tous les droits civils, la tutelle ne suppose aucune condition de nationalité.

Je ne parle pas de l'Angleterre, dont le droit, fortement empreint de traditions féodales, offre, sur ce point comme sur tant d'autres, un contraste frappant avec celui des autres peuples civilisés. C'est sur la question du statut de la tutelle que je me propose de l'étudier. Toutefois on

(1) Voir les arrêts cités par M. Laurent, Droit civil international, t. III, p. 603.

(2) Voir l'article de la *Revue critique* déjà signalé, 1883, p. 523, note 3.

peut constater que les jurisconsultes anglais et américains commencent à se relâcher de leur rigueur première, et que des tendances plus libérales ne cessent de se manifester.

Une autre législation, celle d'Autriche, semble contredire absolument notre thèse (Art. 192, C. C.) Mais il faut observer que deux anciens décrets, des 27 juillet et 2 novembre 1787, corrigent cette doctrine dans une large mesure. Vesque von Püttlingen (P. 260) nous apprend qu'en vertu de ces textes, un étranger peut être valablement appelé à une tutelle autrichienne, soit en vertu d'un testament, soit par suite d'un arrangement de famille, si d'ailleurs cette vocation ne doit pas causer préjudice au mineur.

Cette étude un peu sommaire de la jurisprudence française et des législations étrangères montre assez que l'idée de charge de famille, appliquée à la tutelle, a fini par avoir raison des conceptions étroites et même un peu iniques, qu'inspiraient le principe de la souveraineté territoriale et la raison d'Etat. En France le progrès a été timide et le pouvoir législatif ne le sanctionne pas. Le dernier mot de la Cour de cassation (arrêt de 1875) est que l'ascendant étranger peut être nommé tuteur de son descendant français. Sans doute l'espèce est extrêmement favorable, mais on peut puiser dans l'arrêt même de la Cour de quoi généraliser sa décision. Faire tomber, en effet, dans un cas donné, cette barrière autrefois si forte de l'extranéité, c'est la renverser une fois pour toutes. Car elle se tient, pour ainsi dire, d'une seule pièce, elle est une et précise, elle ne supporte pas l'accomodement, elle se dresse ou ne se dresse pas. Elle figure un principe aux prises avec un

autre principe, et qui succombe : la souveraineté de l'Etat contre l'intérêt des incapables. Il s'agit de savoir, en droit moderne, si l'étranger peut être tuteur d'un Français; en décidant que l'extranéité n'écarte pas l'ascendant, la Cour supprime implicitement cette difficulté pour les collatéraux ; car elle se range du côté de l'idée large et juste, et il ne dépend plus d'elle de s'arrêter sur la pente qu'elle a choisie. De raison de distinguer entre les ascendants et les collatéraux, il n'y en a pas, ni selon les textes, ni selon le bon sens ; le lien qui unit ces derniers à l'enfant, pour être moins étroit, est encore solide ; il l'est plus, en tout cas, que celui qui naît simplement de la communauté de patrie. J'irais même plus loin : peu importe, à mon sens, que l'étranger, nommé tuteur par le conseil de famille, soit ou non parent de l'enfant. Le choix du conseil constitue une garantie suffisante, à laquelle l'extranéité n'ôte rien, et si ce n'est pas un membre de la famille qui prend la tutelle, c'est toujours de la famille que le titulaire tient ses fonctions. Il n'y a pas non plus de raison de refuser à l'ascendant étranger la tutelle *légale*. Le plus sûr appui d'un orphelin c'est encore celui de ses ascendants qui lui reste, fût-il étranger, et l'intérêt même de cet enfant commande qu'un tel tuteur, sauf s'il est indigne ou incapable, ne puisse pas être discuté.

En général, du reste, les auteurs écartent ces distinctions et choisissent entre les opinions extrêmes. Avant l'arrêt de 1875, un seul, M. G. Demante, avait proposé de distinguer entre les fonctions tutélaires attribuées à la parenté, et celles déférées aux non-parents. Depuis,

M. Labbé semble s'être rallié au système de la Cour Nous osons proposer une formule plus radicale :

L'extranéité ne poura jamais être opposée, sous quelque rapport que ce soit, à celui qui se présente comme le tuteur légitime, testamentaire ou datif d'un mineur français, s'il se trouve d'ailleurs dans les conditions auxquelles un Français lui-même serait reconnu et accepté (1).

DU STATUT DE LA TUTELLE.

L'étude à laquelle nous venons de nous livrer nous a permis de pénétrer dans la nature de la tutelle, et nous a donné en même temps la solution d'un problème qui appartient au Droit civil, mais plus encore au Droit international. Ce problème est peut-être le plus grave, mais à coup sûr ce n'est pas le seul que nous ayons à résoudre. La solution que nous en avons donnée fait même surgir à l'instant une difficulté nouvelle : car dès que nous admettons que le tuteur et le pupille peuvent avoir une

(1) Il va sans dire que nous ne donnons pas là une solution qui soit propre à la France, et que nous réclamons pour tous les mineurs, à quelque nationalité qu'ils appartiennent, le réel bénéfice qui résulte pour les mineurs français de la doctrine précédemment exposée. Il est également certain, par *à fortiori*, qu'un tuteur étranger, préposé aux intérêts d'un incapable *étranger* lui-même, pourra procéder librement en France aux actes qui rentrent dans ses fonctions. En décider autrement serait, comme nous le verrons, faire de notre législation quelque chose de plus rigoureux que la *common law* elle-même, au moins telle qu'elle est appliquée et avec les tempéraments qu'elle comporte aujourd'hui.

Ces points, du reste, seront développés au cours de cette étude.

nationalité différente, nous nous donnons, de notre plein gré, la tâche de régler un conflit de lois. Ce conflit, du reste, ne se présente pas que relativement aux éléments pour ainsi dire *personnels* de la tutelle. Il se produira plus fréquemment, et sa solution sera plus difficile, si l'on suppose une interposition de frontières entre les éléments que j'oserai appeler *réels*.

Pour sortir des abstractions, et donner une idée des difficultés qui nous attendent, je choisis une hypothèse compliquée à dessein et contenant, je le crois, le germe de toutes les questions que nous aurons à trancher plus tard.

On peut supposer qu'un mineur français, dont le père s'est fait, par la suite, naturaliser espagnol, vient à perdre sa mère alors qu'il réside en Portugal. Mais son domicile, (celui de son père), est en Espagne, et la fortune de sa mère consiste en immeubles situés partie en Belgique, partie en Angleterre.

Cette espèce contient une difficulté particulière, qui tient aux conflit des lois espagnole et française sur l'ouverture même de la tutelle. Mais en laissant de côté cette complication, sur laquelle nous reviendrons plus tard, et en supposant que pour toutes les législations mises en cause la tutelle est incontestablement ouverte, on voit combien de questions à résoudre :

1° Dans quel pays la tutelle sera-t-elle organisée ?

2° Quelle est l'autorité à ce compétente ?

3° Conformément à quelle loi ?

4° Quelle loi réglera son fonctionnement, en particulier les droits et pouvoirs du tuteur, soit sur la personne, soit

sur les biens meubles, soit enfin sur les immeubles du mineur?

5° *Quid* des causes d'excuse, d'exclusion?

6° *Quid* aussi de l'hypothèque légale, etc, etc?

Comme on le voit, ces questions sont suffisamment générales et doivent en contenir une foule d'autres plus ou moins délicates. Etudier séparément chaque difficulté, en donner isolément la solution, sans appel à un principe conducteur, serait, on le conçoit, un travail aride, peu juridique dans sa forme et douteux dans ses résultats. Il doit y avoir, il y a certainement une règle générale qui domine toutes les questions et projette sur elles une indispensable lueur.

L'embarras vient en effet d'un conflit de lois. D'autre part, on convient généralement, en droit moderne, que la théorie de la tutelle est un édifice dont toutes les parties ont une destination commune, la protection de l'incapable. Chacune des législations en présence a construit cet édifice à sa manière ; mais laquelle, en présence d'un mineur d'une nationalité déterminée, peut se dire plus compétente à l'effet de régler la protection qui lui convient? C'est à celle-là, lorsque nous l'aurons découverte, qu'il faudra attribuer le rôle capital d'éclairer et de dominer toute la matière.

Dans l'hypothèse que nous avons choisie, la loi portugaise est celle de la résidence du mineur, la loi espagnole celle de son domicile, la loi française celle de sa patrie, les lois belge et anglaise celles de la situation de ses biens.

On n'aperçoit pas d'abord de bons motifs de choisir

celle de la résidence. La résidence, quand elle est détachée du domicile et distincte de la nationalité, ne constitue plus qu'un fait accidentel, d'où ne résulte aucun lien de droit, réserve faite des lois de police et de sûreté, entre l'étranger et l'Etat sur le territoire duquel il se trouve. Il pouvait en être autrement sous le régime de la féodalité pure, dont le droit anglo-américain a conservé de si fortes marques, mais aujourd'hui la question ne fait pas difficulté. On remarquera d'ailleurs qu'entre toutes les lois dont nous avons supposé le conflit, celle de la résidence apparaît comme étant incontestablement la moins ins truite des véritables besoins du mineur, puisqu'elle ne se trouve en contact avec lui que par le seul effet du hasard.

Celà n'empêche pas, d'ailleurs, qu'au lieu de la résidence il ne soit pris des mesures tendant à protéger, au moins provisoirement, un mineur étranger. En Portugal même, en vertu de la convention de 1866, on pourrait organiser une tutelle française. Mais ce point fera l'objet d'un examen spécial. Ce qu'il importe et ce qu'il suffit de noter quant à présent, c'est que la loi qui doit régir la tutelle n'est pas celle de la résidence.

Serait-ce plutôt celle du domicile ? Ici la difficulté augmente. Le domicile constitue une attache autrement forte. La loi qui s'y rapporte sera souvent celle sous l'empire de laquelle l'enfant aura le plus longtemps vécu, et traversé la période la plus importante de son éducation. D'autre part le domicile est le point juridiquement saisissable par lequel l'homme touche au sol ; c'est le lieu où il est censé toujours être dans ses rapports avec la loi, et on

comprend qu'ici les jalousies du principe de souveraineté soient plus légitimes. Aussi la question est-elle gravement controversée. La loi du domicile a pour elle presque toute la doctrine allemande. Elle rencontre en France, en Belgique, en Italie de nombreux adversaires, parmi lesquels on peut citer MM. Aubry et Rau, Demolombe, Laurent, Esperson, Pasquale Fiore, etc.

Je dois dire tout d'abord, et cette observation me permettra d'abréger un peu la controverse, que cette question ne s'élève pas spécialement à propos de la tutelle. Elle a une portée beaucoup plus générale. Elle tend à décider ce qu'on entend en droit moderne par le *statut personnel*. Pour les uns c'est précisément la loi du domicile; pour la plupart c'est une autre loi, celle de la patrie. Les jurisconsultes entre lesquels s'élève la controverse s'accordent tous sur ce point que l'état et la capacité des personnes, dont la *lex tutelæ* fait partie, doivent être régis par le statut personnel. Mais dans quel loi ce statut trouve-t-il sa véritable expression, voilà la question qu'on agite.

Si l'on consulte la tradition, le premier coup d'œil est favorable à la loi du domicile. Nulle part les légistes statutaires ne font allusion à la loi nationale. Ils se partagent, on le sait, en deux camps, celui des partisans du statut réel, celui des amis du statut personnel, sans que d'ailleurs leurs doctrines soient toujours bien nettes, et sans qu'il s'en rencontre un seul pur de toute alliance avec l'adversaire. Mais les partisans les plus convaincus du *statut personnel* ne parlent que de la loi du domicile. Cela s'explique historiquement. A cette époque les relations internationales étaient fort rares, partant occupaient

peu l'esprit du législateur et des jurisconsultes. Ce qu'il y avait de plus fréquent c'était le passage d'un individu né et domicilié sur le territoire d'une Coutume dans le domaine d'une autre Coutume. La première conquête du statut personnel consista à lui conserver, dans ce cas, son état et sa capacité tels qu'ils étaient régis par la loi du domicile. On s'en tint là, on n'avait guère à faire face à d'autres besoins. Aujourd'hui que l'unification est réalisée en France et que le commerce international a pris des proportions énormes, c'est le passage d'un Français à l'étranger ou d'un étranger en France qui fait surgir la question des statuts. Demander, dans le droit actuel, si un Français qui va de Paris à Dijon sera jugé à Dijon suivant la loi de son domicile de Paris, demander cela n'aurait pas de sens. Autre chose est de savoir si, en Allemagne, il conservera son état et sa capacité de Français.

On peut donc dire que la nationalité a été substituée au domicile — tel que l'entendaient nos anciens auteurs — comme base de la loi qui doit régir l'état des personnes. Parmi les auteurs modernes pourtant, les uns, comme Fœlix, ne tiennent aucun compte de cette évolution et confondent volontiers la nationalité et le domicile, comme s'ils étaient toujours et nécessairement réunis — les autres, comme M. Demangeat et les auteurs allemands, font très-bien la différence, mais demandent que la loi nationale cède le pas.

M. Demangeat invoque un argument de texte. L'article 3 § 3 du Code civil ne parle que des Français *résidant* en pays étranger. Donc les Français *domiciliés* en Allemagne ou en Italie échappent aux prévisions du législateur dans

l'art. 3, et on ne voit pas comment ils pourraient se soustraire à l'application de la loi du domicile. — Il est facile de voir que cette interprétation est trop étroite. Le mot *résidant* a, dans l'art. 3, un sens très-compréhensif. Il embrasse tous les Français qui se trouvent à l'étranger, soit comme simples voyageurs, soit comme résidents, soit même comme domiciliés. Quel est en effet le motif dont s'inspire l'art. 3? C'est justement celui que donne Bourjon (1) en faveur de la loi du domicile, à l'époque où la question de nationalité n'était pas en jeu.

« La loi du domicile régit la personne, c'est-à-dire son « état, sa capacité; c'est que cette loi connaît les per- « sonnes qui sont soumises à sa puissance *et a réglé ses « dispositions sur leurs génies.* »

La raison est excellente et les termes heureux. Supposons alors, avec M. Demangeat, un Français domicilié en Prusse. Quelle sera la loi qui, connaissant le *génie* de ce Français, aura naturellement compétence pour régir sa capacité et son état? On ne saurait soutenir que c'est la loi prussienne. Le législateur allemand a travaillé pour les Allemands, d'après ce qu'il savait de leurs facultés naturelles et de leurs mœurs. Il est juste que le tempérament français, qui a échappé à son examen, se dérobe à sa juridiction.

Mais en repoussant la loi du domicile, ne fait-on pas bon marché du principe de souveraineté? Cette préoccu-

(1) Droit commun de la France. Livre Ier. Titre X. Ch. Ier.

pation apparaît chez Rocco. « Partant du principe que « le changement de domicile entraîne l'acquisition de « nouvelles qualités personnelles et la perte de celles ac- « quises dans l'ancien domicile, il décide que la capacité « du mineur ou du majeur dépend de la loi qui comman- « de dans le pays où celui-ci est domicilié (1). »

Il en donne deux raisons, empruntées aux réalistes Burgundius, Voët et Hertius : 1° C'est que, si l'état de l'individu se trouve empiré, il ne doit s'en prendre qu'à lui ; 2° C'est qu'il serait de mauvais exemple, pour les citoyens d'origine, que les étrangers domiciliés fussent dans des conditions meilleures, s'ils pouvaient, par exemple, être *sui juris* à vingt et un ans, tandis que les citoyens d'origine ne le seraient qu'à vingt-cinq.

Je n'insiste pas sur la faiblesse de ces raisons. Mais à supposer qu'elles soient bonnes pour le cas que Rocco a choisi, il est évident qu'elles se trouvent inapplicables à la matière de la tutelle. Peut-on dire, en effet, que la tutelle sera soumise à la loi du domicile parce que *si l'état du mineur* (2) *se trouve empiré, il ne doit s'en prendre qu'à lui* ; ou parce qu'*il serait de mauvais exemple* (?) *pour les citoyens d'origine qu'un mineur étranger fût l'objet d'une protection mieux réglée, fût placé sous une tutelle supérieure, comme institution de droit privé, à la tutelle du pays* (3)? Ce

(1) Cité par M. Fiore. — Dr. international privé. Livr. 1er, ch. 12, page 296.

(2) Par exemple si la loi du domicile autorise le tuteur à vendre les immeubles de la main à la main.

(3) Et d'ailleurs cette sorte de scandale que paraît redouter Rocco se produirait en sens inverse si, au cours de la tutelle, le mineur revenait dans son pays d'origine.

serait absurde. D'une part le mineur n'a pas choisi son domicile ; d'autre part il faudrait supposer chez les citoyens de ce pays je ne sais quel sentiment de jalousie basse, dont les tribunaux ne devraient jamais prendre leur part. La seule idée qu'un tel fait, qu'un tel exemple puisse faire naître ne sera jamais qu'un projet de réformes.

On le voit, lors même qu'il s'élèverait quelques doutes sur l'application générale de la loi de la patrie, par opposition à celle du domicile, aux questions qui intéressent le statut personnel des individus, l'institution de la tutelle domine ces hésitations. Son but c'est la protection, autrement dit l'intérêt du mineur. Or cet intérêt ne peut être cherché que dans sa loi nationale. On pourrait cependant signaler des cas où l'application de la loi du domicile lui serait plus favorable, parce qu'elle se trouve, en fait, plus conforme à son tempérament particulier. Mais le Droit ne peut tenir compte des exceptions ni des nuances. L'ordre naturel des choses veut qu'un mineur français ait, suivant l'expression de Bourjon, le *génie* des Français : c'est par conséquent la loi de la France, *qui a réglé ses dispositions sur ce génie*, dont l'application est censée lui convenir le mieux.

Au moment d'organiser la tutelle, c'est, comme on voit, la loi du domicile qui constitue l'obstacle le plus sérieux à l'application de la loi nationale. Mais sitôt que la tutelle commence à fonctionner, la *lex patriæ* se heurte à une autre barrière : celle que menace de lui opposer la loi de la situation des biens Ce n'est pas tout de nommer un tuteur conformément à la loi de la patrie ; lorsqu'il vou-

dra gérer la fortune du pupille, la partie immobilière notamment, sera-t-il reconnu sans investiture, dans le pays où sont placés ces immeubles ? Sa qualité d'étranger à ce pays ne constituera-t-elle même pas un obstacle infranchissable à une telle gestion ? Et à supposer qu'on l'accepte, l'acceptera-t-on tel que l'a fait la loi qui a présidé à sa nomination, investi, quant aux biens, de pouvoirs que la *lex sitûs* ne connaît pas, ou connait autrement (1)?

Ici, comme on voit, nous ne sommes plus en présence d'une difficulté d'appréciation enfermée dans le cercle du statut personnel : c'est le statut personnel en confit avec le statut réel.

Dans ses *Observations sur la Coutume du duché de Bourgogne.* (Ch. 24, n°s 1 et 3), Bouhier s'exprime ainsi :

« Je commence par la puissance tutélaire qui, comme « on sait, est une autorité légale à celui qui est nommé « tuteur, sur la personne et sur les biens du mineur, jus- « qu'à ce qu'il ait atteint l'âge prescrit par les lois pour « sortir de la tutelle. Cette autorité ne se défère pas de la « même manière partout ; mais quand elle est déférée par

(1) Les exigences du statut réel peuvent se manifester à des degrés divers. La prétention la plus modérée consisterait à soumettre le tuteur étranger à la nécessité d'une investiture, sauf à rendre cette pratique aussi peu vexatoire que possible, et en laissant le tuteur, une fois *investi*, absolument libre de gérer suivant la *lex tutelæ* — C'est faire un pas de plus dans le domaine du réalisme que de forcer un tuteur, reconnu avec ou sans investiture, à se conformer, dans sa gestion, *à la loi de la situation des biens.* — Mais c'est rigueur véritablement intolérable que de refuser à un tuteur le droit de faire un acte quelconque, sur certains immeubles du pays, sous prétexte qu'il est étranger. On arrive alors à diviser la tutelle, et nous verrons plus tard quels inconvénients en résultent. Du reste, ces divers systèmes sont encore aujourd'hui adoptés par la pratique anglaise et recommandés par la doctrine, suivant des distinctions que nous allons bientôt exposer.

« le juge de la tutelle, suivant les formes usitées en sa « justice, il n'est pas douteux qu'elle n'ait son effet dans « tous les lieux où sont situés les biens des mineurs, car il « est de principe que celui qui est choisi pour tuteur est « censé l'être pour administrer tout le patrimoine du mi- « neur, sans en rien excepter ».

Bourjon ne s'occupe pas, à notre connaissance, du statut de la tutelle proprement dite. Mais il range celui de la garde parmi les statuts réels. « La loi du domicile du « père, dont le décès a fait ouverture à la garde, régit la « capacité du gardien, mais non l'étendue du bénéfice de « la garde, étendue qui se régit par la disposition des « Coutumes dans les limites desquelles les biens sont si- « tués (1) ».

Ainsi Bourjon partage l'avis de presque tous les commentateurs que *douair et garde sont réels*. On aurait grand tort, à notre sens, d'en conclure que, pour ce jurisconsulte, la tutelle l'est aussi. Nous pourrions d'abord nous contenter d'observer que, de son temps, la tutelle et la garde (2) sont des institutions fort différentes. Mais on remarquera en outre que Bourjon donne effet à la loi personnelle pour déterminer la capacité du gardien, c'est-à-dire, pensons-nous, la *vocation* — car il ne saurait être question pour le gardien d'une capacité d'administrer « *tout le pouvoir du gardien est borné à sa jouissance*. » — Un raisonnement d'analogie conduirait donc simplement à ceci : c'est que si le tuteur, quant à l'étendue de son pouvoir sur les immeubles, doit se conformer à la loi

(1) Droit commun de la France. Livre 1er. Titre 19. Ch. 1er.

(2) A l'époque féodale, au contraire, on disait *garde* pour tutelle.

de leur situation, du moins c'est la loi du domicile, autrement dit la loi personnelle, qui, déterminant sa vocation, l'accompagne et le fait reconnaître partout. Solution qui n'est pas, à nos yeux, complètement satisfaisante, mais qui paraît encore plus favorable au principe de la personnalité que la doctrine anglo-américaine en vigueur encore aujourd'hui.

Il est à peu près admis que l'ancienne jurisprudence française se prononce pour la personnalité du statut de la tutelle. S'il faut en croire M. Laurent, ç'aurait même été la doctrine de certains glossateurs, d'Albéric de Rosate en particulier (*Comment. in Codice. Qui dari tutores possunt*). Mais si cette théorie est ancienne, il faut ajouter qu'aujourd'hui encore elle ne figure pas au rang des incontestées. De très grandes autorités la soutiennent, des jurisconsultes comme Bar et comme Fiore ne conçoivent même pas qu'elle puisse être mise en doute ; mais en Angleterre et en Amérique, elle rencontre dans la *common law* une résistance presque inflexible (1).

Nous avons eu déjà l'occasion de dire plusieurs fois combien le droit anglo-américain est empreint d'esprit féodal, c'est-à dire de réalité. Ici, ce caractère est frappant. M. Laurent le signale et l'attaque avec sa véhémence ordinaire. D'après Story, dit-il, les droits et les pouvoirs du tuteur sont strictement territoriaux, c'est-à-dire qu'en An-

(1) Nous aurions pu renvoyer au chapitre qui traite des pouvoirs du tuteur l'examen de la doctrine anglaise. Il nous a paru utile d'en exposer les principaux traits dès à présent. Car toute notre doctrine se réclame de l'application de la loi nationale, nous ne cesserons de l'invoquer au cours de ce travail, et par conséquent il est bon de dégager cette idée, dès le début, de celles qui pourraient l'embarrasser et lui nuire.

gleterre et en Amérique un tuteur étranger ne saurait avoir aucune autorité sur la personne de son pupille, aucune prétention surtout à gérer ses immeubles (1). Bien mieux, la règle s'étend de l'Angleterre à l'Ecosse, d'un Etat de l'Union à l'autre. Qu'un mineur passe du Connecticut dans l'Etat de New-York, il faut qu'on lui désigne un nouveau gardien, citoyen de cet Etat (2), lequel, naturellement, aura le droit de modifier l'éducation de l'incapable, de détourner le cours de ses études, de lui faire embrasser une nouvelle carrière !

Il est clair que ce réalisme aura, dans certains cas, des effets désastreux pour le mineur. Au seul point de vue scientifique, c'est en outre une doctrine mal équilibrée. On ne conçoit pas une pluralité de tuteurs exerçant, sur la même personne, une autorité et une protection contradictoires. Le principe d'unité qui fait l'éclat et la force de la plupart des théories juridiques, est ici complètement sacrifié.

Aussi une réaction sensible se manifeste contre cette tradition, dans les pays mêmes qui l'ont consacrée si fortement. Les auteurs américains Warthon et Phillimore font volontiers des concessions, au nom de la *courtoisie*. En Angleterre, le vice-chancelier Page-Wood s'est prêté aux réclamations d'un tuteur autrichien, qui voulait faire sortir son pupille, également autrichien, d'un collége anglais. (3) Pourtant, en vertu de la *common-law*, Page-

(1) Story, conflict of law, § 504 et suiv. — Laurent. Dr. civ. int. Tome VI, p. 201.

(2) Voilà bien le triomphe du *munus publicum*.

(3) Je ne sais si j'ai fait suffisamment comprendre jusqu'où va le réalisme pur des Anglo-Américains. On réclame l'application de la loi du pays et la

Wood aurait pu répondre que sur le territoire britannique un étranger ne saurait exercer les droits du tuteur, et que lui seul, vice-chancelier, à défaut d'un autre gardien anglais, avait à régler le sort du pupille. Mais il fit la réflexion, et on l'a faite avec lui, que si, par mesure de rétorsion, les pouvoirs publics du continent consacraient les mêmes règles, il pourrait arriver que des mineurs anglais, voyageant en Autriche pour leur instruction ou leur plaisir, y fussent de force mis en tutelle, et retenus malgré les réclamations de tout le Royaume-Uni. C'est donc ici l'intérêt qui fait brèche à la tradition, et même, dans les propres paroles de Page-Wood, il y a des réflexions inspirées par le Droit (1).

En ce qui concerne les pouvoirs du tuteur sur les immeubles, la doctrine de la common-law (2), aussi inflexible, est pourtant moins révoltante. A la rigueur, on peut l'appuyer sur deux raisons; c'est, d'abord, que les immeubles faisant partie intégrante du sol, c'est blesser la souveraineté de l'État que d'abandonner la gestion de ces immeubles à un étranger ; c'est ensuite qu'on peut bien concevoir, en pratique, plusieurs tutelles, plusieurs administrations indépendantes fonctionnant chacune sur une fraction du patrimoine et se conformant à la loi du lieu où cette fraction se trouve située.

remise du pouvoir aux mains d'un tuteur du pays, même lorsque le pupille n'est pas attaché à l'Angleterre par le lien de la nationalité. Le seul fait de la *résidence* éveille immédiatement les susceptibilités et les prétentions de la *common-law*.

(1) Le fait est déjà ancien. Il remonte à 1862. — Laurent. *Loc. cit.*

(2) Le principe général suivant la *common-law* est, dit Rocco, que les rapports de toute nature sur la propriété immobilière doivent être régis par la loi en vigueur dans le territoire où ces biens sont situés.

La première considération semble même s'autoriser de l'art. 3 de notre Code civil. « Les immeubles, dit-il, « même ceux possédés par des étrangers, sont régis par « la loi française. » — Mais ce texte demande à être bien entendu. Quant on dit que le statut des immeubles est réel, on exprime cette idée que chaque État a le droit exclusif de régler chez lui le régime de la propriété foncière, suivant les besoins politiques et économiques du pays. Par exemple sont certainement de statut réel les lois concernant les servitudes ou celle du 23 mars 1855 qui règle la publicité à donner aux transactions immobilières. Celles qui concernent la tutelle ont un tout autre aspect « Elles se proposent, dit M. Chavegrin (1) « non de fixer, au mieux des intérêts généraux, la manière « d'être des choses, mais d'organiser la protection néces« saire à quelques-uns, aux incapables. Peu importe « qu'indirectement elles influent sur la transmission des « biens et l'entourent de formalités, la rendant plus dif« ficile : ces formes, instituées pour sauvegarder les mi« neurs, propriétaires ou titulaires de droits réels, appa« raissent comme les conséquences de leur incapacité. » Ce point de vue nous paraît incontestablement exact. Peu importe d'ailleurs qu'on admette, en matière de successions immobilières, cette scission du patrimoine que nous écartons de la tutelle. Outre que cette doctrine est fort contestable, outre qu'elle reçoit un formel démenti de la législation italienne et d'autres encore, il faut avouer que sur le terrain des successions interviennent des considéra-

(1) Revue critique, 1875. *Loc. cit.*

tions d'ordre public ou politique qui, ne se reproduisant pas ici, ôtent toute valeur à l'argument d'analogie. Ainsi notre droit français prohibe les substitutions, et la plupart des commentateurs poursuivent l'œuvre de la loi avec quelque acharnement. Mais on connaît la raison politique qui préside à ces décisions. Il n'y aura donc pas, sur notre sol, d'immeuble qui sera l'objet d'une substitution par acte entre vifs ou testamentaire. Plus généralement on conçoit qu'un législateur prétende seul régler la dévolution *ab intestat* des biens situés sur son territoire ; qu'en vertu de certaines tendances, de certaines exigences de l'esprit public, il écarte telle ou telle vocation, il élimine tel ou tel privilège. Mais il n'est pas question de tout celà dans la matière de la tutelle, et la scission du patrimoine ne se justifie par aucune nécessité.

D'excellentes raisons pratiques se présentent même pour la combattre. Avec un pareil système, il y aurait autant de tuteurs qu'un mineur possède de biens en différents pays. D'où le manque d'unité dans l'administration générale, des complications nombreuses, soit pendant la gestion, soit au jour d'en rendre compte ; surtout une multiplicité de frais que ne compense ordinairement aucun avantage.

Sur ce point, pourtant, le droit anglo-américain refuse toute concession. Nous avons vu qu'en ce qui concerne les pouvoirs du tuteur sur la personne, la *common-law* reçoit des tempéraments. La jurisprudence décide même que les tribunaux anglais ne peuvent se refuser, sans rai-

son plausible, à reconnaître un tuteur étranger (1); en sorte que tout semble se réduire à une simple investiture, qui n'est pas d'ailleurs sans inconvénients. Mais à l'égard des immeubles le principe traditionnel reste inflexible : à un tuteur local seulement peuvent être remis les biens-fonds situés en Angleterre.

Cette doctrine, il faut résolûment la condamner. Au nom du principe de l'unité du patrimoine, au nom surtout des intérêts des mineurs, dont la considération doit dominer la matière, n'hésitons pas à dire que la tutelle est indivisible, et que le tuteur, régulièrement nommé, doit, en tout pays, être reconnu et pouvoir agir comme tel.

Tel est bien l'avis des jurisprudences belge et française. Il y a, en ce sens, un arrêt de la cour de Bastia, commenté par M. Laurent, un autre de la cour de Bruxelles (29 juin 1865) (2).

Cela ne signifie pas, du reste, qu'on ne puisse assigner aux biens situés en différents pays des protuteurs, gérant sous une responsabilité commune ; cela ne signifie pas non plus que la *lex tutelæ* doive faire échec aux lois d'ordre public ; nous verrons plus tard la part qu'il convient de faire à l'une et à l'autre de ces idées. Nous nous en tenons, pour le moment, à l'affirmation du principe.

Mais si le tuteur doit être reconnu partout, ne faudra-t-il pas au moins qu'il obtienne une investiture des autorités du pays dans lequel il prétend exercer ses fonctions? On n'en voit pas de bons motifs. Si cette investiture con-

(1) Nous étudierons plus tard, avec quelques détails, la jurisprudence anglaise.

(2) Comp. Laurent, droit civ. int. T. VI p. 95 et suiv.

siste en une sorte de nomination, de consécration nouvelle, émanant d'une juridiction qui, d'après notre principe, ne peut pas la refuser (1), ce n'est plus qu'une formalité puérile ; c'est l'Etat exigeant, pour ainsi dire, un acte de foi et d'hommage, que la pratique moderne traduira en frais. Si c'est au contraire une mesure dont le seul but est deconstater officiellement la qualité du tuteur sur le sol étranger, nous allons voir qu'elle est inutile (2).

Pour la tutelle légale, cette proposition est manifeste. Que l'ascendant justifie de son identité, cela suffit. Comme son titre est écrit dans la loi même, il n'a pas besoin d'être constaté à nouveau. Il faut décider de même pour les tutelles dative et testamentaire. « Il est de principe, dit « Merlin (3), que les procurations revêtues de la forme re- « quise par la loi du lieu où elles se passent ont leur ef- « fet partout. Aussi, ne s'est-on jamais avisé de prétendre « que le tuteur nommé à un mineur ou à un interdit par

(1) Il est manifeste que si l'autorité du pays de la situation des biens peut refuser l'investiture au tuteur de la patrie, il faudra nommer un tuteur local, et nous tombons dans les inconvénients signalés plus haut.

(2) Le tuteur, curateur ou syndic, investi à l'étranger du gouvernement de la personne ou de l'administration des biens d'un mineur, d'un interdit ou d'un failli a qualité pour agir en France, même contre les Français.

Car, du principe que le statut personnel des étrangers les suit en France, on doit conclure que les jugements de tribunaux civils étrangers, qui déclarent ou qui modifient l'état et la capacité d'un sujet de leur pays, ont, abstraction faite de leur exécution forcée et de leur application au détriment de tierces personnes, le même effet en France que dans le pays où ils ont été rendus, sans qu'il soit nécessaire de les faire au préalable déclarer exécutoires par les tribunaux français (Aubry et Rau, t. I, § 31, note 35). — Ecoutons aussi Fiore : « Il est certain qu'un mandataire général peut, en vertu d'un mandat valable, « selon les lois du lieu où il l'accepte, agir partout, sans qu'il soit nécessaire « de faire confirmer son autorité par le magistrat du lieu où il doit agir. » (Droit international privé. Livre Ier, ch. 12, page 305).

(3) *Répertoire*. Faillite. Sect. 2, § 2.

« le juge de son domicile, ne pût agir, dans un pays « étranger, contre le débiteur de l'un ou de l'autre, qu'a- « près avoir fait déclarer le jugement de sa nomination « exécutoire dans ce pays. » Il s'agit, en effet, d'un mandat, émanant d'un père décédé ou d'un conseil de famille: or, comme le dit fort bien M. Laurent, la volonté de l'homme n'a pas besoin d'être rendue exécutoire.

Nous ne saurions mieux clore cette longue controverse qu'en citant un passage de M. Fiore (1), à l'opinion duquel nous nous rallions entièrement, et qui nous servira de résumé et de conclusion.

« Il est inutile de discuter si le régime de la tutelle est « destiné à défendre les personnes ou les biens, et si les « statuts qui s'y rapportent sont réels ou personnels. Notre « doctrine est appuyée sur l'*esprit de cette institution*, la- « quelle est établie pour défendre les intérêts de celui qui « est incapable d'y pourvoir par lui-même ; et c'est pour « cela que *tout doit dépendre de la loi nationale du mineur*, « qui est celle qui doit défendre et protéger les citoyens « et pourvoir à leurs intérêts. Nous ne pouvons donc par- « tager l'opinion de Rocco, qui admet que le régime de « la tutelle appartient aux lois du lieu où la personne est « domiciliée. Nous admettons seulement qu'il soit pourvu « à la tutelle et à la curatelle de l'étranger par le magis- « trat du lieu du domicile ou de la résidence, quand il est « autorisé par le magistrat de la patrie de l'étranger, ou « quand la loi nationale de celui-ci n'y pourvoit pas, ou « lorsque, par l'éloignement, une mesure prompte est

(1) P. 296.

« difficile et qu'il est urgent que le mineur ne manque « pas de protecteur légal (1). Dans ce cas Zachariæ admet « qu'on peut donner à l'étranger un tuteur selon les lois « du pays où il demeure. »

DE L'OUVERTURE DE LA TUTELLE

EXAMEN DES DIFFICULTÉS QUI PEUVENT SE PRODUIRE A CETTE OCCASION

Nous en sommes arrivés à cette double conclusion :

1° Que la tutelle doit être régie, dans son ensemble, par une seule loi ;

2° Qu'en présence de la loi de la résidence, de la loi du domicile, de la loi de la situation des biens et de la loi nationale du mineur, c'est cette dernière à laquelle il convient de donner la préférence.

Mais cette solution, bonne si l'on est en présence d'une tutelle ouverte, n'est pas encore été justifiée, si le conflit des lois porte sur cette ouverture même.

D'après le droit français, deux conditions sont indispensables pour la mise en tutelle d'un individu : 1° Son état

(1) Nous allons incessamment passer en revue les hypothèses auxquelles Fiore fait allusion.

de mineur de 21 ans, 2° la circonstance qu'il a perdu son père ou sa mère.

Mais les législations étrangères n'acceptent pas toutes, sur ce point, les données du droit français. D'une part l'époque de la majorité n'est pas partout la même (1). D'autre part, pour le plus grand nombre, la perte de l'un quelconque des auteurs ne donne pas ouverture à la tutelle.

C'est ainsi que la loi espagnole de 1870 (art. 64) et le Code civil italien (art. 241) exigent le prédécès du père *et* de la mère. Le Code civil autrichien (art. 187) et la loi hongroise se contentent du prédécès du père ; mais celui de la mère ne suffirait pas (2).

On voit aisément qu'il y a là une double source de conflits, si l'on suppose — et le cas n'est que trop fréquent — qu'un individu est revendiqué comme national par deux Etats ; il est, par exemple, considéré comme Autrichien par l'Autriche, et comme Français par la France. Soit qu'il se trouve entre l'âge de vingt et un et celui de vingt-quatre ans, soit qu'étant mineur pour les deux pays, il vienne à perdre sa mère, il est l'occasion du choc de deux lois dont aucune n'est obligée de céder à l'autre.

Il faut en effet l'avouer franchement : ce conflit est

(1) La limite de 21 ans est généralement adoptée ; mais le Code civil autrichien (art. 21) et l'art. 1er de la loi hongroise de 1877 préfèrent celle de 24 ans — et la loi fédérale suisse du 22 juin 1881 admet celle de 20 ans. Du reste l'une et l'autre législation font des exceptions en faveur du mariage.

(2) Dans les cas où la tutelle n'est pas ouverte, le survivant des père et mère prend ou conserve l'administration légale telle qu'elle existait pendant le mariage.

insoluble. Chaque pays a le droit de régler comme il l'entend les causes et conditions d'acquisition, de perte et de changement de la nationalité qui le concerne. Il n'y a pas à argumenter ici du statut personnel de l'enfant ou de l'adolescent, puisque la difficulté consiste précisément à savoir à quelle législation se rattache ce statut. Tout ce qu'on peut faire c'est d'éluder la difficulté au moyen d'un traité. Mais, il faut bien le dire : ce n'est pas au sujet de la tutelle que les différents Etats ont éprouvé le besoin d'entrer en composition et de se faire de mutuels sacrifices. Pour eux la grosse question que soulève l'incertitude de nationalité a trait surtout au service militaire. C'est dans cet esprit et sous ce point de vue spécial que la plupart des conventions ont été conclues. On peut citer à titre d'exemple celle que la France a passée avec la Suisse le 23 juillet 1879.

Mais en admettant même que la nationalité d'un individu soit certaine et non contestée, cette circonstance que toutes les législations ne donnent pas ouverture à la tutelle en vertu du décès de l'*un ou l'autre* des père et mère fait naître un nouveau genre de conflit. Ici, heureusement, la solution théorique est possible ; là où se trouve un statut personnel déterminé, l'interprète du Droit international a sa base d'opérations.

Il faut supposer, pour que ce conflit se produise, deux conditions : 1° Que le père et le fils soient de nationalités différentes : par exemple le père s'est fait naturaliser espagnol et le fils est resté français. 2° Que la loi du père ne donne pas ouverture à la tutelle par le fait du prédé-

cès de la mère, disposition contredite par la loi du fils (1).

On voit qu'ici deux statuts personnels sont en présence, et comme, d'autre part, la difficulté porte sur l'ouverture et non sur l'organisation ou le fonctionnement de la tutelle, les considérations que nous avons fait valoir en faveur du statut personnel d'un individu qui a la qualité de *pupille* n'ont pas de prix, puisqu'il s'agit justement de savoir s'il doit être pupille ou non.

Lorsque le juge sera mis en présence d'une telle controverse, il aura la tâche assez pénible de trancher sur les prétentions contradictoires d'un père et de son enfant. Au fond, la solution qu'il fournira dépendra beaucoup de l'idée générale qn'il se fait des droits de famille et particulièrement de la puissance paternelle. Nous croyons donc difficile de donner nous-même notre avis sur ce problème sans avoir fait intervenir, au préalable, cet élément nouveau. Et pour ne pas présenter à ce sujet des idées trop abstraites, nous demanderons la permission de résoudre d'abord une espèce qui, distincte de la précédente, est appelée à faire sur elle la lumière.

Supposons une tutelle bien et dûment *ouverte,* aux yeux des deux législations du mineur et du survivant des père et mère. Par exemple il s'agit d'une mère française et d'une fille autrichienne, le père venant de décéder. La loi autrichienne ne reconnait pas la tutelle légale. La mère pourra-t-elle néanmoins invoquer l'art. 390 de notre Code civil (2) ?

(1) Telle est bien la disposition de la loi espagnole.

(2) Une exacte méthode aurait fait ranger cette question dans un des chapitres suivants. Mais je crois l'examen de cette difficulté indispensable pour trancher clairement celle qui fait l'objet propre de ce chapitre.

La question s'est posée devant la Cour de cassation le 13 janvier 1873, et voici les points consacrés par l'arrêt : 1° La femme d'origine française qui, ayant perdu sa nationalité par son mariage avec un étranger, réside en France au moment où elle devient veuve, recouvre *de plein droit* la qualité de Française à partir du décès de son mari. (Cette proposition est déjà controversable, mais nous l'écartons, comme n'ayant pas trait à notre sujet).

2° Elle est dès lors régie par la loi française et se trouve investie, *de plein droit*, par le décès de son mari, *de la tutelle légale de ses enfants mineurs, et de tous les attributs actifs et passifs de la puissance paternelle.*

3° Que si les enfants mineurs ont un statut qui n'admet ni la tutelle légale, ni l'usufruit légal, les *principes de la souveraineté* s'opposent à ce que cette loi puisse prévaloir en France contre la loi française, au préjudice des droits et des intérêts français, *dont nos tribunaux doivent assurer la conservation.*

Quelle que soit l'autorité qui s'attache à un arrêt de la Cour suprême, quels que soient les suffrages dont cette doctrine ait été honorée, on nous permettra de la répudier entièrement.

Il est évident que nous n'avons pas à invoquer ici le statut personnel, règle de l'état des personnes. Car nos adversaires y font précisément appel en faveur de la mère. Le principe général sert donc les deux opinions : c'est sur un autre terrain que doit s'engager la lutte.

Pour donner la préférence à la loi française, la Cour s'appuie sur deux motifs, qui sont d'ailleurs assez malheureusement confondus dans sa décision.

Le premier c'est que les principes de la souveraineté s'opposent à ce qu'une loi qui n'admet ni la tutelle légale ni l'usufruit légal puisse prévaloir en France contre la loi française.

Le second c'est que les tribunaux français doivent, avant tout, assurer la conservation des intérêts français.

Or nous avons vu quelle part il convient de faire au principe de souveraineté en matière de tutelle, et nous avons trop insisté sur ce point pour y revenir. La tutelle est de statut personnel, et, réserve faite des lois de police et de sûreté, le statut réel n'a rien à faire ici. Soutiendra-t-on qu'il est d'ordre public qu'une mère française ait la tutelle légale de sa fille étrangère ? (1) Ce serait véritablement forcer le sens des mots et abuser d'une formule qui par malheur est trop commode (2).

Quand au deuxième moyen, on voudra bien remarquer qu'il implique à peu près la suppression du Droit international. Si les tribunaux de chaque pays adoptent le même principe, s'ils s'inspirent avant tout de l'intérêt de leurs nationaux, reléguant l'idée de Droit au second plan, il est dès lors inutile de discuter si tel ou tel statut suit la personne, si tel autre expire aux limites du territoire. Singulier spectacle que celui d'un juge qui dit au plaideur : « Vous êtes mon compatriote, donc vous avez raison ! »

En définitive, on croirait plutôt lire une décision de

(1) Je laisse entièrement de côté la question de *l'usufruit légal*

(2) Comment peut-on proclamer *d'ordre public* la tutelle légale de la mère survivante en présence des dispositions des art. 391, 394, 395 et 396 qui indiquent avec quelle timidité, j'allais dire quelle répugnance, le législateur confie à la mère le fardeau de la tutelle ?

Cour anglaise, inspirée des purs principes de la *common-law*, qu'un arrêt de la suprême magistrature française dont les précédents, dont la jurisprudence permettaient d'espérer un esprit plus large.

Pour nous, il y avait un excellent motif de décider que la tutelle serait constituée, dans l'espèce, suivant la loi autrichienne. C'est la nature et le but de l'institution elle-même. Encore une fois il est incontestable, en droit moderne, que la tutelle soit faite pour protéger les mineurs, et non pour servir les intérêts d'un tuteur datif ou même légal. C'est l'idée que M. Laurent exprime en ces termes : « Il se peut que le tuteur et le pupille aient une nationa- « lité différente. Peu importe, c'est toujours le statut na- « tional du mineur qui détermine la tutelle. Celà résulte « encore de la nature de la tutelle ; tout s'y rapporte au « pupille, c'est de son droit qu'il s'agit ; le tuteur n'a pas « de droit proprement dit, il a une charge (1). »

On objecte que cette décision aboutit à sacrifier la mère ? Observons qu'elle peut être nommée tutrice par le conseil de famille. Ensuite je conviens très-volontiers qu'elle conservera la puissance paternelle. La puissance paternelle et la tutelle seront dans des mains différentes, voilà tout. C'est ce qui arrive en droit français, quand la mère, tutrice légale, refuse la tutelle, ou quand le père se fait excuser. Il est possible que cette solution présente quelques inconvénients pratiques. Il est même certain que l'autorité de la mère est moins efficace dans ces conditions, puisque la fortune n'est pas entre ses mains ; mais au point de vue des principes cette situation est irrépro-

(1) Dr. civ. int. Tome VI, p. 97.

chable (1) Dans notre ancien droit où toute tutelle était dative, c'était même une situation fréquente. « Dans le « cas, dit Bourjon, que le survivant serait privé de la « tutelle, il ne doit pas être privé de l'éducation de ses « enfants, la nature la lui donne, et l'honnêteté publique « l'y maintient. » Et il ajoute cette restriction, qui ne serait pas tolérée en droit moderne : « Pourvu que la reli« gion n'en souffre pas préjudice (2). »

Mais quel sera donc le statut de cette puissance paternelle ? On ne sait, à la lecture de l'arrêt précité, si la Cour se prononce pour la réalité du statut, ou si, admettant sa personnalité, c'est celui de la mère qu'elle a en vue. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle applique la loi française. Voilà encore une solution que nous ne saurions admettre !

La nature du statut de la puissance paternelle était controversée dans notre ancien droit, mais en droit moderne, on admet généralement qu'il ne constitue qu'une des faces de l'état et de la capacité des personnes, partant qu'il relève du statut personnel. C'est ce que la Cour de Paris a bien décidé le 2 août 1872 (3).

Si la Cour de Cassation, admettant bien la personnalité du statut de la puissance paternelle, décide que c'est le

(1) On peut ajouter qu'en ne déférant pas la tutelle à la mère le conseil a bien manifesté qu'à son sentiment tout au moins, elle eût fait un médiocre administrateur, peut être une dangereuse tutrice légale.

(2) Droit commun de la France. Livre 1er, titre 1er, chapitre 2, section 1re. Distinction III.

(3) Quant à l'usufruit légal, comme il n'est, après tout, qu'un attribut, qu'un accessoire de cette puissance, il paraît logique de le soumettre à la même règle. C'était déjà l'opinion de Bouhier, et il l'a soutenue avec une grande force. Il convient d'ajouter pourtant que Froland et Boullenois, assez imbus de traditions réalistes, étaient d'avis contraire.

statut du père qu'il faut avoir en vue, nous lui opposerons une considération des plus graves. Ici, comme pour la tutelle, il faut se demander à quel but l'institution répond, dans l'intérêt de qui elle a été admise. En droit romain, on eût répondu : l'intérêt du père (1). Aujourd'hui celà ne nous semble guère admissible. Tout y répugne, le courant de l'opinion, l'état des mœurs, les dispositions du Code civil. Il suffit de lire le titre IX pour s'en convaincre. Le droit de correction, seule sanction vivante et positive de cette puissance, est réglé minutieusement. A tort ou à raison le législateur se défie du père, de la mère encore davantage. On voit que tout son intérêt, toute son attention se portent sur l'enfant, à qui une répression énergique est peut-être nécessaire, mais que mille précautions doivent garantir contre un abus. Même les auteurs qu'on classerait aujourd'hui volontiers dans la catégorie des absolus et des autoritaires partagent cette manière de voir. « Dans le sens chrétien, dit « l'un d'eux (2), le père a des devoirs envers ses enfants « bien plus que des droits sur eux. Rome païenne donnait « au père de famille ses fils en toute propriété. Le chris- « tianisme a fait du Droit une mission de dévouement. « Tout était changé. La famille n'existait plus dans l'uni- « que intérêt du père : le père existait pour elle ; c'est à « lui qu'était confié le soin de la guider et de la proté- « ger. Notre législation maintient ce caractère de l'au- « torité paternelle ; les lois qui la concernent n'ont qu'un

(1) Et de la société romaine, cela va de soi.
(2) M. V. Coquille. Les légistes, p. 543.

« but: l'utilité du fils; le père n'apparaît que comme « tuteur et comme conseiller. C'est un principe que l'au- « torité paternelle ne s'exerce pas au détriment de l'en- « fant, et toute difficulté, tout conflit, doit se résoudre « dans l'intérêt de celui qui ne peut pas se défendre. « Quand de semblables débats se présentent devant nos « tribunaux, c'est toujours l'intérêt de l'enfant qui décide « la Justice. L'enfant a droit à la protection sociale; l'au- « tocratie paternelle invoquée contre lui n'est plus dans « notre Droit public. »

En résumé, les considérations précédentes le font assez pressentir, nous aurions donné une solution diamétralement opposée à celle de la Cour, dans l'espèce qui s'est présentée à elle en 1873. Nous aurions donc décidé :

1° Que la loi autrichienne repoussant la tutelle légale, la mère ne pourra jamais être que *tutrice dative*, en vertu d'une nomination régulière émanant du conseil de famille;

2° Qu'elle conservera la puissance paternelle, *telle qu'elle résulte du Code civil d'Autriche*;

3° Que si cette législation n'admet pas l'usufruit légal, elle ne saurait y prétendre.

Cette solution donnée et justifiée, nous sommes maintenant en présence de tous les éléments nécessaires pour résoudre la difficulté qui est proprement l'objet de ce chapitre.

On se souvient en quoi elle consiste : le père s'est fait naturaliser espagnol, le fils est resté français, la mère vient à mourir. Les lois espagnole et française sont en conflit, l'une admettant dans ce cas l'ouverture de la

tutelle, l'autre n'y donnant pas lieu. Quel parti prendre ?

La tutelle et la puissance paternelle constituent les pouvoirs de protection applicables à un mineur. Il y a là pour ainsi dire deux états par où tous les mineurs ne passent pas, mais par où certains évènements peuvent les faire passer.

Or, nous l'avons longuement établi : soit qu'on envisage l'incapable en état de tutelle, soit qu'on l'envisage en état de puissance paternelle, c'est toujours ***son statut personnel à lui*** qui triomphe dans le conflit des lois.

Mais si c'est ce statut personnel qu'il convient en thèse générale d'invoquer en n'importe laquelle de ces situations, c'est également son statut personnel qui doit régler le passage, la transition d'un de ces états à l'autre.

Il est clair que les deux extrémités d'une chaîne obéissant à une même force, à un même principe, un anneau intermédiaire s'y trouve également soumis.

Nous pouvons exprimer notre pensée sous une autre forme :

C'est l'enfant, l'enfant à protéger que le législateur moderne envisage lorsqu'il règle les droits de famille.

L'intérêt véritable de l'enfant, il est écrit dans sa loi nationale.

Donc c'est cette loi qu'il convient de consulter pour savoir si, dans un cas donné, la protection qui résulte de la seule puissance paternelle reste suffisante ou cesse de l'être.

Donc aussi, dans notre espèce, le mineur devra être mis en tutelle, conformément à la loi française.

A ce raisonnement, basé sur les principes, on pourrait ajouter des considérations de fait, qui ne seraient pas favorables aux prétentions du père espagnol.

La plupart du temps, d'abord, le changement de nationalité du père sera le résultat d'un acte de sa volonté. On ne saurait dès lors admettre sans injustice qu'il ait pu, par un acte unilatéral, altérer, modifier à son profit les rapports juridiques existant entre cet enfant et lui.

On pourrait ajouter que les droits naturels du père restent pourvus d'une consécration très-suffisante. D'abord, sauf les cas d'incapacité ou d'indignité, il sera toujours tuteur légitime. En vertu même de la loi française il conservera l'usufruit légal.

Son administration de tuteur ne sera pas sensiblement moins libre que son administration de père. Toute la différence consiste en ce qu'il sera soumis à la surveillance du subrogé-tuteur et du conseil de famille, et en ce que ses biens (1) se trouveront peut être, c'est une question que nous réservons entièrement, frappés d'une hypothèque légale.

Et pourtant si, dans la solution d'une telle difficulté, les tribunaux espagnols s'inspirent des mêmes principes que la Cour de Cassation de France, ils prononceront, cela n'est pas douteux, un jugement absolument en désaccord avec cette opinion.

La question, à notre connaissance, ne leur a pas encore été soumise. Nous n'avons plus d'ailleurs à y insister. Il nous reste seulement à tirer de ce débat une conclusion

(1) Ceux qu'il pourra posséder en Espagne, bien entendu. Pour ceux de France il n'y a aucune difficulté.

nette : c'est que pour décider ***si la tutelle est ouverte ou non***, c'est toujours à la loi nationale du mineur qu'il convient de s'en référer.

DU LIEU OU S'OUVRE LA TUTELLE.

En supposant aplanies les difficultés que nous venons d'étudier, ou en admettant qu'elles ne se soient pas produites, quel est proprement le lieu d'ouverture de la tutelle ?

On sait que cette détermination a une grande importance. En droit français, et dans les législations qui ont adopté un mécanisme analogue, c'est le juge de paix du lieu où la tutelle s'ouvre (c'est-à-dire du domicile du mineur) qui convoque le conseil de famille (art. 406 et 407). La composition même de ce conseil peut dépendre de l'élément local. Enfin la commune dans laquelle sera faite cette première réunion est désormais celle où toutes devront se tenir. Et cela est vrai, pensons-nous, avec MM. Valette et Demolombe, même au cas où le tuteur en exercice changerait de domicile, même au cas où sa mort, son exclusion, sa destitution donneraient lieu à le remplacer par un autre tutenr domicilié peut-être fort au loin.

En droit international, si le rôle et l'importance du siège de la tutelle ne sont pas non plus contestés, sa détermination peut quelquefois être fort difficile.

On se convaincra aisément, en effet, que la règle de

l'art. 406, indiquant le domicile du mineur, excellente à la vérité quand son champ d'application se limite aux frontières de l'Etat, est le plus souvent inacceptable quand le domicile est distinct de la patrie.

Si l'art. 406, qui ne s'occupe que des mineurs français en France, veut que la tutelle s'ouvre là où le père a son domicile quand il vient à mourir, c'est que l'enfant y résidera en général, qu'il y trouvera au moins le centre des affaires paternelles; c'est enfin qu'il y sera, le plus souvent, placé au milieu de sa famille. Mais supposons un mineur français dont le père est domicilié en Prusse. Il se peut, à la rigueur, que le père ait, dans ce pays, tous ses intérêts, quelques-uns même de ses parents les plus proches. Mais le cas contraire se présentera bien plus fréquemment. Souvent, dans la ville où il viendra à décéder, il se trouvera n'avoir eu aucunes attaches sérieuses; il ne laissera surtout ni parents ni amis qui pourraient constituer à l'enfant un véritable conseil de famille, dans l'acceptation morale du mot. Mais il y a mieux : dans l'acception juridique, ce conseil de famille pourra-t-il se former?

D'après la loi prussienne de 1875, le tuteur exerce ses fonctions sous la surveillance du tribunal tutélaire : telle est la règle. Ce tribunal est composé d'un juge unique (*Einzelrichter*, *Friedenrichter*, *Amtsrichter*, *Gerichtkomissar*). De subrogé-tuteur, point. Quant au conseil de famille, il est facultatif. Or, d'une part, il est impossible d'exiger d'un magistrat prussien qu'il organise, dans son pays, la même tutelle que constituerait le juge de paix français; d'autre part il est inadmissible que la tutelle d'un

de nos nationaux ne comporte ni subrogé-tuteur, ni conseil de famille peut-être. Une difficulté analogue se rencontrera lorsqu'un mineur suisse perdra son père, domicilié en France. Dans certains cantons, le contrôle de la gestion tutélaire appartient aux autorités municipales ou administratives. Or jamais un maire ou un sous-préfet français n'accepteront une pareille mission. Ils n'en ont pas le droit, et probablement guère l'envie. Disons donc, en généralisant, que l'art. 406 ne saurait être admis comme règle de Droit international, parce qu'il faut bien placer le siège de la tutelle dans un pays où elle peut recevoir une organisation conforme à la loi nationale.

Le plus souvent, le seul pays qui répondra à la condition exigée sera précisément la patrie. La tutelle est bien consacrée par toutes les législations, mais peu la comprennent de la même manière. Pourtant le fait se rencontre. Ainsi des lois belge, française, luxembourgeoise. Dans ce cas, le siège d'une tutelle française pourra-t-il être placé en Belgique, dans le Luxembourg, ou réciproquement ? A notre sens c'est incontestable. Peu importe d'ailleurs que des lois postérieures au Code civil aient introduit des différences de détail entre la tutelle belge et la nôtre. Que les rouages soient identiques, cela suffit. On remarquera en effet que si nous avons repoussé la disposition de l'art. 406 comme règle générale, nous n'avons pas adopté non plus une autre règle générale qui lui soit contraire, celle, par exemple, en vertu de laquelle le siège de la tutelle serait *toujours* dans la patrie du mineur. Il nous semble qu'il y a ici surtout une question de fait. Etant donné que dans les deux pays on *peut* organiser la

tutelle selon la loi nationale, où le siège *doit-il* en être placé? Cela dépend des circonstances. C'est selon que le mineur aura, dans l'un ou dans l'autre pays, la majeure partie de sa famille, ses attaches et ses intérêts les plus sérieux.

C'est également une question de fait que de savoir en quel endroit précis, dans quelle ville, dans quelle commune on établira le siège de la tutelle, lorsque, par nécessité ou par choix, il se trouvera situé dans la patrie (1). Ici, une règle générale pourrait donner satisfaction au sentiment juridique, mais risquerait fort de nuire aux intérêts de l'incapable. On songera tout d'abord au lieu où les parents ont eu leur dernier domicile avant de quitter leur pays. Mais en ce lieu-là, le mineur peut n'avoir pas même un collatéral. Pourquoi s'obstiner, en l'honneur d'un principe, à en faire le siège d'une tutelle, d'une administration que l'indifférence de ses surveillants et l'éloignement peut-être de son objet condamnent d'avance à être mal conduite? Enfin, ce dernier domicile peut n'être pas connu. Nous verrons plus tard que les tribunaux belges et français, envisageant de haut ces questions de tutelle, ne craignent pas, à l'occasion, et dans l'intérêt de l'enfant, de sacrifier des principes reconnus, invitant par là à faire bon marché de règles tracassières et d'ailleurs contestables.

Cette situation, ce fait d'un enfant laissé à lui-même, dans un pays où il vient de perdre peut-être le survivant

(1) S'il est placé dans le pays du domicile, c'est le lieu même de ce domicile qui semble devoir obtenir toujours la préférence.

de ses père et mère, où personne n'est là qui s'intéresse à lui, sont certainement dignes de l'attention des gouvernements et des magistrats. Nous étudierons plus tard, avec quelques détails, les mesures qu'on prend en pareil cas. Mais la situation inverse peut se produire. Rien d'impossible à ce que, dans le pays où le mineur est domicilié, tout — sauf les lois qui ne se prêtent pas à l'organisation d'une tutelle conforme à la loi nationale — tout semble réclamer l'établissement des mesures de protection sur les lieux mêmes. On ne peut alors s'empêcher de désirer l'aplanissement de l'obstacle unique, mais infranchissable. En fait, il pourrait se rencontrer que l'observation de la loi nationale, que nous avons tant réclamée dans l'intérêt du mineur, lui portât un véritable préjudice. Nous ne pensons pas pourtant qu'on doive jamais écarter son application, alors surtout qu'il se présente un moyen de concilier toutes les exigences.

Les Etats civilisés entretiennent les uns chez les autres des consuls, chargés de protéger leurs nationaux. On sait qu'ils ont des pouvoirs de juridiction gracieuse assez étendus. Ils servent à leurs compatriotes, qui ne peuvent ou qui ne veulent avoir recours à l'autorité locale, d'officiers de l'état civil et même de notaires. On se demande alors pourquoi ils ne seraient pas compétents en matière de tutelle, pourquoi les nôtres en particulier ne pourraient pas remplacer nos juges de paix?

C'est bien ce que les consuls de tous pays semblent avoir compris et désiré depuis longtemps. Mais ils ont rencontré de vives résistances auprès des autorités locales. Cette juridiction, qui semble si légitime, si utile et si sim-

ple à la seule lumière des considérations théoriques, a, paraît-il, transportée dans la pratique, quelque chose de choquant, d'attentatoire à la souveraineté du pays où elle prétend s'exercer. Pour mettre un terme à ces conflits, qui nuisaient surtout aux mineurs, on a conclu des traités. La France a passé cinq conventions internationales ayant trait à cette matière.

1° Avec l'Espagne (7 janv. 1862, art. 20 et 75);

2° Avec l'Italie (26 juill. 1862, art. 9, 7);

3° Avec le Portugal (11 juill. 1866);

4° Avec la Grèce (7 janv. 1876);

5° Avec la république de Salvador (5 juin 1878).

Ces conventions, basées sur la réciprocité, admettent les consuls de chaque pays contractant :

1° A prendre des mesures conservatoires en faveur des successions laissées par leurs nationaux;

2° *A organiser la tutelle de leurs enfants mineurs*;

3° A assurer le remplacement du tuteur, lorsque, pour une cause quelconque, il vient à cesser ses fonctions. Cette dernière attribution n'est pas dans la lettre des traités, mais elle en sort virtuellement. Car remplacer un tuteur, c'est toujours, en définitive, constituer la tutelle. Au reste ce point est consacré par la jurisprudence française. La Cour de cassation a jugé le 19 juin 1878, que le tuteur d'un mineur espagnol ne peut être remplacé en France que par le consul d'Espagne, procédant suivant la loi de son pays; la nomination du nouveau tuteur est radicalement nulle si elle a lieu conformément à la loi française (1).

(1) Sir. 78. 1. 448.

Les autres puissances ont conclu entre elles des traités analogues. Il y en a un entre l'Italie et l'Allemagne du Nord, du 21 décembre 1868, renouvelé et rendu applicable à l'Empire allemand. Du reste Böhm (*Handbuch des internationalen Nachbassbehandlung*, p. 129 et suiv.), fait observer que pratiquement la réciprocité n'existe pas. La convention profite aux seuls Italiens, les lois de l'Empire n'accordant pas aux consuls allemands compétence en matière de tutelle, au moins dans les pays de chrétienté.

Grâce à cette intervention, désormais consacrée, de nos consuls, un mineur français trouvera toujours, en Espagne, en Italie, en Portugal, en Grèce, et dans l'Etat de Salvador, un protecteur auquel il pourra s'adresser, un fonctionnaire de son pays qui sera compétent pour lui constituer une tutelle sur les lieux mêmes. Les avantages évidents qui résultent de tels traités auraient dû, ce semble, les faire multiplier et même généraliser. Pourtant nous n'en avons pas encore conclu de semblables avec les principales puissances de l'Europe.

Nous avons bien, il est vrai, avec l'Autriche, la Russie, et d'autres Etats, des conventions qui profiteront aux mineurs : mais elles n'ont pas été faites à leur seule intention, et sont d'ailleurs muettes sur la question de tutelle. Ce sont celles qui chargent nos consuls d'administrer, quand cela est nécessaire, les hérédités laissées par des Français à l'étranger, avec réciprocité, bien entendu. Aux termes de la convention avec l'Autriche (27 déc. 1866), les consuls pourront « apposer les scellés, soit d'office, soit à la demande des parties intéressées, en prévenant de cette opération l'autorité locale compétente,

« qui, dans le cas où les lois du pays le lui prescrivent, « pourra y assister et apposer également les scellés — « former l'inventaire, déposer en lieu sûr les effets et va- « leurs inventoriés, administrer eux-mêmes ou par une « personne qu'ils nommeront sous leur responsabilité la « partie mobilière de la succession, et même liquider les « successions mobilières. » — La convention avec la Russie, du 1er avril 1874, est conçue à peu près dans les mêmes termes : la précédente lui a visiblement servi de modèle.

On voit qu'en tout cela il n'est pas question de tutelle. On a essayé pourtant de dégager de l'esprit de ces textes la faculté pour les consuls des pays contractants de nommer ou de faire nommer un tuteur aux mineurs leurs nationaux. Cette prétention, qui tendait d'ailleurs à un excellent but, ne saurait malheureusement s'appuyer sur les traités, et a été condamnée par la jurisprudence française. Dans son arrêt de 1873, que nous avons critiqué sur d'autres points, la Cour de cassation décide, cette fois avec raison, que « la convention de 1866, n'attribue aux « consuls autrichiens que le droit de prendre des mesu- « res provisoires de surveillance et d'administration à « l'occasion des successions ouvertes en France ».

En définitive, tout ce que pourra faire un de nos consuls en Russie ou en Autriche, pour un mineur français, en cas de mort de son père ou de sa mère, ce sera de prendre des mesures conservatoires de la succession, de l'administrer provisoirement, et de donner avis en France de l'ouverture de la tutelle et de la nécessité d'y pourvoir. Nous verrons pourtant que si ni l'autorité française, ni l'autorité locale ne s'occupaient du mineur, les bornes de

son rôle seraient singulièrement élargies, au moins d'après une opinion que nous invoquerons en son lieu.

Enfin, il est des pays d'Europe avec lesquels nous n'avons même pas de traité autorisant les consuls à surveiller et à administrer les successions de leurs nationaux ; l'Allemagne, par exemple. Il est clair dès lors que si un consul français en Prusse ou en Bavière — ou réciproquement un consul allemand en France prétendaient s'immiscer dans la tutelle d'un mineur de leur pays, ils seraient immédiatement arrêtés, soit par les autorités locales, soit par celles mêmes de leur patrie. En ce qui concerne la tutelle, leur mission sera aussi restreinte et leur intervention aussi rare, par à *fortiori*, que celle d'un consul français à Saint-Pétersbourg ou à Vienne.

Nous n'avons aucun traité non plus, touchant cette matière, avec les pays hors d'Europe. Mais il convient de faire dans cette étude une place spéciale aux Echelles du Levant et de Barbarie, ou mieux aux puissances d'Orient.

C'est en effet dans ces pays que nous avons eu nos premiers consuls, et des *capitulations* fort anciennes ont consacré sur leur sol une sorte de bénéfice d'exterritorialité, en faveur de nos nationaux. Encore aujourd'hui un consul français y est investi d'une compétence beaucoup plus absolue que partout ailleurs. Il a non seulement droit de juridiction gracieuse, mais encore de juridiction contentieuse, ce qui constitue, pour qui connaît le Droit international, un sacrifice assez grave du principe de souveraineté. Les usages sont venus compléter et étendre l'œuvre des capitulations.

Aussi, MM. de Clercq et Vallat (1) n'hésitent-ils pas à dire. « En matière de tutelle et de successions, les con-« suls établis dans les pays musulmans jouissent de la « plénitude des droits attribués en France aux juges de « paix pour l'apposition et la levée des scellés, la convo-« cation des conseils de famille, *l'organisation de la tu-« telle* des mineurs français. » — Ce point ne saurait être l'objet d'aucun doute.

En vertu de traités plus récents, nos consuls auront les mêmes attributions dans les pays d'Extrême-Orient, en Chine (24 octobre 1844), — en Perse (12 juillet 1855), — dans le royaume de Siam (15 avril 1856), — au Japon (9 octobre 1858).

Une question intéressante est celle de savoir s'ils les ont conservées en Egypte, depuis la réforme judiciaire de 1875.

On sait que l'Egypte, sous prétexte de remanier son organisation judiciaire, demandait depuis fort longtemps à plusieurs puissances européennes de vouloir bien, à titre d'essai et pour une période déterminée, renoncer partiellement aux droits de juridiction que les capitulations leur accordaient sur leurs nationaux. Les propositions du Khédive, dans le détail desquelles nous n'avons pas à entrer, ont été agréées en France, malgré le rapport de M. Maurice Rouvier, et contre les conclusions de la commission. Une loi des 17-25 décembre 1875 (2) porte : « Arti-« cle unique. — Le Gouvernement est autorisé à restrein-« dre provisoirement, dans les limites et sous les condi-

(1) Guide pratique des Consulats. 4me édition. Tome II. Pages 401 à 404.
(2) Voir Dalloz 1876. 4. P. 58 et suiv.

« tions déterminées par les trois documents annexés à la « présente loi, et pour une période qui ne pourra excéder « cinq ans, la juridiction exercée par les consuls français « en Egypte. »

Quoique, le délai étant expiré, on n'ait pas restitué, en fait, à nos consuls, leur juridiction d'autrefois, il n'est pas douteux qu'ils ne conservent et qu'ils n'aient toujours gardé du reste, le droit exclusif (1) de pourvoir à la tutelle des mineurs français en Egypte. Il a été en effet bien entendu « que les relations réciproques des résidents fran- « çais entre eux demeureraient réglées comme par le pas- « sé, sous l'autorité tutélaire de leurs consuls, par nos lois « nationales et par les capitulations ; *les questions de sta- « tut personnel qui les intéressent restent l'apanage exclu- « sif de leur juridiction d'origine* » (2).

En résumé, en nous plaçant au point de vue du droit français, et quant à la compétence de nos consuls en ce qui concerne l'organisation des tutelles, nous pouvons diviser les différentes puissances en deux catégories.

La première comprend l'Espagne, l'Italie, la Grèce, le Portugal, la République de Salvador, les Echelles du Levant, l'Egypte et les pays d'Orient en général. Dans tous ces Etats, soit en vertu de traités spéciaux, soit par le droit qui résulte des capitulations, nos consuls ont le pouvoir d'organiser des tutelles françaises, sans que leur intervention, qui supplée à celle d'un de nos juges de paix, puisse être critiquée ni entravée par l'autorité locale.

(1) Exclusif par rapport aux autorités locales.
(2) Voir l'Exposé des motifs. *Loc. cit.*

La deuxième catégorie embrasse le reste des puissances. En principe, nos consuls n'ont pas compétence pour organiser des tutelles sur leur territoire. Dès lors, cette organisation aura lieu en France, sauf le cas où l'application de la loi française pourrait être faite dans le pays même du domicile. Encore ne s'agit-il pas là d'une règle absolue, en sorte que, s'il est possible de fournir des indications, on ne saurait assigner de principes inflexibles à la détermination du siège de la tutelle.

Jusqu'ici, nous avons supposé un mineur pour ainsi dire trop bien protégé. En d'autres termes, au lieu d'être négligée, sa tutelle attire au contraire l'attention de son consul et de l'autorité locale, et suscite un conflit auquel des traités seuls peuvent fournir une solution. Le cas inverse est peut-être plus fréquent. Il y a des mineurs dont personne ne s'occupe, pas même le consul qui pourrait le faire, et dont la tutelle, faute d'avis ou faute de donner suite à un avis, n'est pas organisée dans le pays d'origine. En présence d'une telle situation, l'autorité locale, que nous avons vu jusqu'à présent opposer un simple *veto*, a-t-elle un rôle actif à remplir? Peut-on contester la légalité des mesures qu'elle prendra, en désespoir de cause, dans le but de protéger l'incapable et ses biens?

Aucun traité n'a été conclu en vue de trancher cette question. Heureusement, les seuls principes généraux suffisent à la résoudre sans effort. Oui, sans doute, on ne saurait contester à l'autorité, à la magistrature d'aucun pays, le droit de prendre en main les intérêts d'un mineur étranger que tout le monde délaisse. Outre qu'une telle

solution est exigée par l'humanité, elle est conforme d'ailleurs aux règles d'ordre public que chaque Etat a le devoir d'imposer sur son territoire. On peut dire, en effet, qu'il est contraire à la bonne police du pays qu'un enfant soit abandonné à lui-même et ses biens laissés en souffrance. Il y a là une situation incompatible avec l'ordre.

Notre ancienne jurisprudence, paraît-il, n'était pas de cet avis. Merlin (1) cite deux arrêts, l'un de la Cour souveraine de Nancy (10 juin 1760), l'autre du Parlement de Paris (17 juin 1761) : ils décident que sa qualité d'étranger est, pour un mineur abandonné sur notre sol, un obstacle à ce que le juge du lieu forme un conseil de famille des personnes qui, par pitié ou par amitié, s'offrent à remplir cet office. Merlin critique cette manière de voir, suppose que la question se présente de son temps, et aux considérations morales ajoute ceci : « Si cet enfant n'avait pas « rencontré, dans le lieu où sa mère l'a laissé, des per- « sonnes qui se fussent bénévolement chargées de lui, quel « eût été son sort? La loi du 15 pluviôse an XIII va nous « le dire : admis dans l'hospice de ce lieu, il aurait été « sous la tutelle de la commission administrative de l'hos- « pice même. Assurément, il ne peut pas être de pire con- « dition pour être resté à la charge de personnes bien- « veillantes. »

En France, nous n'avons aucun texte qui règle positivement cette question. Mais une pratique constante, que nous allons étudier bientôt, supplée à cette lacune. Voyons d'abord si d'autres législations consacrent à cet égard des dispositions officielles.

(1) Voir Répertoire. *Légitimité*. Section II, § 2, n° 7.

L'article 128 de la Constitution belge porte : « Tout « étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique « jouit de la protection accordée aux personnes et aux « biens, sauf les exceptions établies par la loi. » Or, il est clair que la protection des mineurs est bien une de celles qu'embrassent les dispositions générales de la loi. Du reste, depuis longtemps déjà, les Belges consacrent cette doctrine. Elle résulte bien formellement d'un arrêt de la Cour de Liège du 22 juin 1842, arrêt qui présente même quelque intérêt historique. Gustave-Adolphe IV, roi de Suède, déposé en 1809, était mort en 1837 à Saint-Gall, après avoir mené une vie errante. Impossible de lui assigner un domicile, ni par conséquent à son fils. On réunit un conseil de famille à Spa, sa dernière résidence. La nomination du tuteur ayant été attaquée, la Cour de Liège la valida, *parce que l'enfant avait droit à la protection de la loi belge.* — Sans rechercher si, au fond, l'intervention de l'autorité belge était légitime dans cette espèce, je constate seulement la tendance, qu'il est impossible de ne pas approuver (1).

Plusieurs lois européennes contiennent des dispositions expresses sur ce point :

La loi prussienne de 1875 (art. 6-2°).

La patente autrichienne du 9 août 1854 § 183.

La loi hongroise de 1877, qui porte : « Il doit être nom-

(1) C'est sans doute une excellente chose de pourvoir à la protection des mineurs abandonnés ; mais il ne faut point, par excès de zèle et sous couleur d'humanité, que l'autorité locale s'empare de ceux qui ne le sont pas. On arriverait alors aux mêmes résultats que la *common-law*, en partant de principes qui lui sont absolument opposés.

« mé, par l'autorité tutélaire hongroise, un tuteur provi-
« soire aux enfants mineurs qu'un étranger peut avoir
« laissés en Hongrie ; cette tutelle subsiste jusqu'à ce que
« les autorités nationales du pupille aient pris d'autres
« mesures. »

Cette disposition pourrait presque servir de formule à la pratique française.

D'une manière générale nos juges de paix interviennent toutes les fois que l'organisation d'une tutelle provisoire est rendue nécessaire par les circonstances.

Cela se présente dans un assez grand nombre de cas :

1° Soit que le mineur étant domicilié en France et appartenant à une nation avec laquelle nous n'avons pas de traité spécial, après un certain délai, la tutelle n'ait pas été constituée dans sa patrie.

2° Soit qu'il s'agisse d'un mineur espagnol, italien, grec ou portugais, dont le consul et les autorités nationales, par ignorance ou indifférence, négligent de s'occuper.

3° Soit que le mineur n'ayant qu'une simple résidence en France, son domicile étant d'ailleurs connu, il soit nécessaire de lui fournir une protection *immédiate*.

4° Soit que, le domicile étant inconnu, la même nécessité s'impose.

Nous allons reprendre successivement ces diverses hypothèses.

1. Lorsqu'un enfant étranger, domicilié en France, vient à perdre son père ou sa mère, le juge de paix ne doit pas s'immiscer à la légère dans les affaires de la tutelle.

D'abord est-il bien sûr que ce soit un *mineur* aux termes de sa loi nationale ? Un grand nombre de législations adop-

tent comme nous la limite de 21 ans ; mais nous savons que le Code civil autrichien et la loi austro-hongroise ont préféré celle de 24 ans — tandis qu'un Suisse est majeur dès vingt ans révolus. Il faudra aussi tenir compte de cette considération que, dans ces divers pays, la majorité peut résulter non-seulement de l'expiration d'un délai fatal, mais encore du mariage. En somme, un juge de paix qui pourrait, avec le concours d'autres conditions, mettre en tutelle un Autrichien de 22 ans, n'aura pas à intervenir en faveur d'un Suisse de vingt ans ; dans le premier cas, il devra s'informer en outre si l'Autrichien est ou non marié.

En second lieu, nous savons que la loi française met en tutelle certains mineurs auxquels les lois étrangères refusent cette protection comme inutile. Nous avons vu un exemple de ce conflit dans le chapitre qui traite de l'ouverture de la tutelle, et nous savons comment il faut le résoudre. Le juge de paix devra donc respecter la loi nationale du mineur.

Mais en supposant que, d'après cette loi nationale, toutes les conditions sont remplies pour que la tutelle s'ouvre, il est encore évident que l'autorité française n'est pas compétente de prime abord. Il faut que des circonstances particulières légitiment son intervention. Autrement il se trouverait qu'en fait c'est la *loi du domicile* qui servirait de droit commun, au détriment des principes que nous avons posés. Ces circonstances particulières ne sauraient être l'objet d'une énumération. Elles se résument en un seul mot : la nécessité. Le terme est élastique, mais ici on ne peut que s'en rapporter à la sagesse de nos magistrats.

Dans l'hypothèse où il s'agit d'un mineur appartenant à une nation avec laquelle nous n'avons pas de traité, cette nécessité se manifeste quelquefois immédiatement. Supposons un mineur allemand. D'une part le consul de son pays est incompétent. D'autre part il faut un certain temps pour que la tutelle se constitue dans la patrie. Qu'adviendra-t-il, dans l'intervalle, de la personne et des biens du mineur, qui sont en France ? Le premier devoir du juge de paix est d'apposer les scellés. On a soutenu, bien à tort, suivant nous, qu'il n'en avait pas la mission, ni même le droit, le *de cujus* étant étranger. C'est même l'opinion de Dalloz (Code de Procédure annoté. Sur l'art. 911), lequel fait pourtant une restriction pour le cas où ce magistrat est requis par un Français, héritier, donataire ou légataire. Il est impossible d'apercevoir le fondement rationnel de cette distinction. L'apposition des scellés est une mesure d'ordre public au premier chef, et l'art. 911 dit, d'une manière générale « Lorsque le mineur « est sans tuteur... » On s'est aussi appuyé bien à tort, dans le système qui nous est opposé, sur un ancien arrêt de la Cour de Paris (26 avril 1839, affaire Lahora). En voici le principal considérant « Attendu qu'aux termes de « l'article 34 du traité d'Utrecht et de l'art. 8 de la con- « vention supplétive du 13 mai 1769 le droit d'apposer les « scellés et de faire l'inventaire, après le décès, en France, « d'un Espagnol, appartient exclusivement, et par réci- « procité, au consul de la nation. » Il est bien manifeste que la Cour ne statue que sur une hypothèse particulière, celle ou il y a un traité.

Le scellé apposé, on a satisfait au besoin le plus pres-

sant, on peut attendre (1). Pourtant, si un délai assez long s'écoule, si la fortune immobilière du mineur se trouve par hasard exposée à un danger immédiat, soit juridique, soit matériel, on conçoit qu'il importe au plus haut point d'organiser la tutelle. C'est ce que n'hésitent pas à faire nos juges de paix. Au bout d'un certain temps, s'il ne se présente aucun tuteur légitime, testamentaire ou datif, qui justifie de sa qualité, ils convoquent un conseil de famille, conformément à l'art. 407 du Code civil. Dès lors c'est une tutelle entièrement française qui se constitue. Le conseil nomme un tuteur et un subrogé-tuteur. Le premier requiert la levée des scellés et prend en main la gestion. Cet état de choses n'est d'ailleurs que provisoire. Le jour où le tuteur régulier se présente, il a le droit d'exiger la garde de son pupille, la remise de ses biens, et une reddition de comptes. La tutelle française, organisée *utilitatis causâ*, cesse alors de plein droit.

Il peut arriver pourtant, et il arrive même assez souvent, que ce provisoire se transforme en définitif. Le mineur, abandonné par son pays, reste alors forcément sous la protection qu'on lui a assignée en France. Quelle que soit sa nationalité, il se trouve en tutelle française jusqu'au jour où il devient majeur. Les faits, la force des choses donnent ici aux principes un démenti nécessaire.

Lorsqu'il existe entre la France et le pays de l'incapable un traité du genre de celui que nous avons avec l'Au-

(1) Encore faut-il supposer que quelqu'un s'est chargé de la personne du mineur

triche (Convention de 1863), on conçoit que nos juges de paix doivent agir avec plus de réserve. D'abord, l'administration des biens de la succession appartenant au consul, les intérêts matériels du mineur se trouvent momentanément garantis. Il est assez rare, d'ailleurs, que ce dernier ait en France des biens personnels auxquels, rigoureusement, la gestion du consul ne s'appliquerait pas. En second lieu, l'autorité consulaire, avertie du décès, s'est trouvée en mesure de faire, dans son pays, les diligences nécessaires pour qu'une tutelle soit promptement constituée.

Cependant l'autorité française a quelquefois à intervenir en pareil cas. S'il est en effet des consuls zélés, très-prompts à croiser leurs scellés avec ceux de nos juges de paix, disposés à faire usage de toutes leurs attributions, il en est aussi qui négligent volontiers cette partie de leur mission, peut-être la moins intéressante. Or lorsqu'ils n'agiront pas, ce n'est pas la France qui pourra les contraindre, et le traité restera forcément lettre morte; il faudra bien qu'on procède comme s'il n'y en avait pas. Supposé même que le consul remplisse son devoir, et qu'il donne avis du décès à qui de droit, dans son pays, il se peut qu'en dépit de ses efforts aucun tuteur ne se présente, et il faudra bien pourtant qu'on sorte de cet état de choses aussi choquant que regrettable. L'autorité française aura donc encore à constituer une tutelle.

II. — Son intervention sera même plus rare dans la seconde hypothèse que nous avons proposée, et pourtant elle se trouvera être nécessaire, lorsqu'il y aura simultanément négligence du consul et inaction des magistrats

de la patrie du mineur. On s'en souvient, nous supposons que cet enfant appartient à un pays avec lequel la France a conclu un traité analogue à la convention franco-espagnole du 7 janvier 1862. D'après cet acte international, l'administration de la succession et la constitution même de la tutelle sont du ressort de l'agent consulaire le plus rapproché. Mais s'il n'agit pas, il est clair qu'il faudra procéder comme dans l'espèce précédente. Car on ne saurait lui forcer la main et, d'autre part, il faut bien que l'incapable soit protégé.

Telle est la pratique constante de nos justices de paix(1). La plupart des auteurs français l'approuvent. Maintenant que nous l'avons étudiée dans ses rapports avec les mineurs étrangers domiciliés sur notre sol, disons brièvement ce qu'elle est pour les mineurs simples résidents ou même de passage.

III. — Il semble d'abord que l'autorité française ait moins de titres à intervenir en pareil cas. La résidence est un accident, tandis que le domicile est un fait juridique. On conçoit plus aisément un rapport de droit entre un Etat et les individus domiciliés sur son territoire, qu'en-

(1) Un projet de loi sur la tutelle a été déposé en 1879 sur le bureau du Sénat. Dans son rapport, M. Jules Favre constate qu'il importe de donner à l'autorité publique une plus grande action en matière de tutelle ; nous détachons du projet de loi l'art. 2 : « Les maires de chaque commune « devront, sous peine de 10 francs de contravention, et « dans le délai de quinzaine, aviser le juge de paix du « canton du décès de toute personne laissant un ou plus

tre ce même Etat et les personnes que le caprice ou le hasard a jetées sur son sol. Cette observation est juste en général, mais nous ne croyons pas qu'elle ait à porter ses

« sieurs enfants mineurs, » et l'art. 4, qui, par ses termes généraux, comme ceux du précédent, semble viser les mineurs étrangers aussi bien que les français: « S'il s'agit « de la tutelle d'un indigent, le juge de paix, à défaut de « parents, d'alliés et d'amis ou de citoyens connus pour « avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père « ou la mère du mineur, appellera les membres du bu- « reau de bienfaisance ou ceux de la commission des « hospices, subsidiairement les membres du conseil mu- « nicipal à composer le conseil de famille. »

M. Jules Favre constate aussi que les lois étrangères ont fait à l'autorité publique une part bien plus importante que la nôtre en matière de tutelle. Il se livre à une étude de législation comparée assez intéressante (Voir Annales des justices de paix, 1879, p. 152). Citons avec lui la loi hongroise, dont les dispositions sont originales. Art. 169: Dans chaque commune, un notaire est spécialement chargé de proposer un tuteur chaque fois que s'ouvre une minorité. — Art. 250 et 253: Un magistrat élu par la commune, appelé tuteur communal, supplée le tuteur en cas d'empêchement de celui-ci et surveille sa gestion. — Art. 257: Lui-même agit sous le contrôle d'un conseil communal d'orphelins composé de trois membres choisis parmi les habitants. — Art. 263 : L'autorité tutélaire est surtout chargée de veiller à ce que les mineurs soient habitués, et, s'il le faut, contraints à une étude assidue et à un travail soutenu. — Art. 281 : Les autorités tutélaires ont sur les parties juridiction disciplinaire; elles peuvent les réprimander ou leur infliger des amendes.

fruits en matière de tutelle. Qu'il soit question d'un mineur domicilié ou d'un simple résident, dès qu'il est abandonné, l'atteinte à l'ordre public est la même.

Partant, l'Etat français a la même obligation morale, les mêmes droits positifs aussi. En fait, il ne sera pas rare qu'un étranger laisse chez nous, où il n'a qu'une simple résidence, de nombreux intérêts concentrés sur la tête d'un incapable. Si le domicile est connu et situé d'ailleurs dans la patrie du mineur, le mieux est d'y faire parvenir la nouvelle du décès. Mais en attendant que la tutelle soit constituée — si elle l'est jamais, — il sera peut-être nécessaire de prendre en France des mesures immédiates.

M. Laurent (1) cite le cas où l'état de l'enfant est attaqué par le mari de sa mère, plaidant contre lui en désaveu, devant les tribunaux français. L'exemple nous parait assez mal choisi, car, en matière de questions d'etat qui intéressent les étrangers, nos tribunaux se déclarent généralement incompétents. On peut supposer un cas plus simple : c'est, par exemple, une revendication dirigée contre un ou plusieurs immeubles de l'incapable. Il faudra bien alors lui procurer un représentant légal, en installant une *tutelle provisoire*.

IV. — C'est encore le parti qu'il faudra prendre, de l'avis de plusieurs auteurs (MM. Aubry et Rau, Laurent, etc.) lorsqu'on ne connaîtra pas le domicile. Le tribunal de la Seine a consacré cette doctrine dans un jugement du 10

(1) Droit civ. intern. Tome VI. p. 90.

avril 1877 (1). Il l'a même étendue, en rayant, dans le cas particulier, le mot *provisoire*. Il s'agissait des enfants d'un étranger Haïtien. Un conseil de famille réuni à Paris, à la mort de la mère, leur nomme un tuteur. Le père errait à l'aventure. Il était impossible, à ce moment, de lui assigner un domicile. Il avait parcouru successivement la Suisse, la Belgique, avait même passé quelques temps en prison. Pourtant il finit par rentrer en France, et attaque la nomination du tuteur, se fondant sur ce que sa loi personnelle lui accorde la tutelle de ses enfants. Le tribunal de la Seine le déboute, en déclarant qu'il y avait lieu, à la mort de la mère, à pourvoir à la tutelle d'enfants abandonnés ; que le tuteur nommé dans ces conditions doit rester en charge. Il ajoute que, par sa conduite, le père s'est rendu et doit être considéré comme indigne.

C'est à ce jugement que nous faisions allusion, en disant que la jurisprudence française sait quelquefois, dans un but d'ordre et de haute moralité, faire fléchir la rigueur des principes. C'est qu'en effet, au seul point de vue du droit, la décision ci-dessus n'est pas irréprochable. Il est certain que la loi haïtienne accorde la tutelle légale au père survivant. Est-il indigne, *en fait*? Tout au moins cette indignité ne peut produire ses effets de droit qu'autant qu'elle a été prononcée par le conseil de famille : le tribunal a seulement la faculté d'homologation. On objecte qu'au jour de l'ouverture de la tutelle ou ne connaissait ni la résidence du père, ni même son domicile? La raison

(1) V. Journal de Droit international privé, 1878. P. 275.

est excellente pour légitimer une tutelle provisoire : elle me semble faible pour dénier au père, quand il est de retour, ses droits à la tutelle légitime. Et cependant il est bien difficile de blâmer le jugement du tribunal de la Seine. Restituer à un homme notoirement dépravé une administration qu'il chercherait à faire tourner à son avantage, prêter la main aux tentatives d'un exploiteur qui se couvre du masque de l'affection paternelle, ce sont là des actes qui répugnent essentiellement à notre magistrature. Ici l'application des principes dans leur rigueur aurait été désastreuse. Sans doute, le conseil de famille aurait pu, en prononçant immédiatement l'indignité, reprendre la tutelle au père qui venait de la conquérir ; mais au mauvais effet du jugement se serait jointe la charge des frais, qui auraient été supportés en définitive par des enfants innocents.

On voit, par les développements qui précèdent, qu'à défaut de textes formels, nous avons en France une pratique régulière et incontestée, en vertu de laquelle un mineur étranger est sûr de trouver sur notre sol une protection. Qu'il soit résident ou domicilié, signalé ou non par des traités à l'attention des consuls de son pays, peu importe, on ne l'abandonne pas. La sollicitude de nos magistrats variera du reste avec les circonstances. Car s'il faut protéger les mineurs, il faut aussi respecter la loi étrangère. Lorsque, par l'organe d'interprètes autorisés, elle demande à être écoutée, c'est à la loi française à céder le pas. Voilà pourquoi nous reconnaissons en général aux tutelles de mineurs étrangers organisées d'après notre législation, un caractère supplétif et provisoire. En

cette matière le rôle de nos juges de paix consiste à combler des vides, et non à commettre des empiètements.

Notre attitude vis à vis des incapables étrangers nous donne le droit d'attendre des puissances voisines une juste et bienveillante réciprocité. On peut dire, en thèse générale, que, dans tous les pays civilisés, l'autorité locale offre aux incapables une protection, pour ainsi dire, en dernier ressort. Si cependant un refus se produisait, si d'autre part l'agent consulaire de France n'avait pu, malgré ses efforts, aboutir à constituer une tutelle dans notre pays, au profit de mineurs délaissés dans celui où il exerce des fonctions, puiserait-il, soit dans les principes généraux; soit dans quelques documents, le droit de prendre en main leur conduite et la gestion de leurs biens? Nous pensons que cette mesure serait approuvée par nos tribunaux, au moins à titre d'acte nécessaire, et nous citons, en terminant, l'opinion de MM. de Clercq et Vallat sur cette difficulté, qui, heureusement, sera très-rare (1).

« Lorsque les autorités du pays où nos consuls résident « refusent positivement de pourvoir à la tutelle de mi- « neurs français, et lorsque ces derniers n'ont en France « ni biens, ni famille, ni domicile connu, nous nous « croyons fondés à établir, d'après un avis émané du « Ministère de la justice (lettre du ministre de la justice « à celui des affaires étrangères, des 11 octobre 1847 et « 27 août 1850) que les consuls peuvent, malgré le silence « de notre législation à cet égard, et vu la protection à

(1) Guide pratique des Consulats, t. II, p. 360.

« laquelle ont droit tous les mineurs régis par la loi fran-
« çaise, assembler un conseil de famille, le présider, etc...,
« procéder en pareil cas comme le juge de paix procède
« en France (1).

QUELLES PERSONNES SONT APPELÉES A GÉRER LA TUTELLE ET A LA CONTRÔLER?

Nous venons de voir que, réserve faite de certains cas, la tutelle se constitue généralement dans la patrie du mineur, et que c'est la loi de ce pays qui doit gouverner l'institution dans son ensemble.

Par conséquent, au moment d'organiser le *personnel* de la tutelle, s'il s'agit d'un mineur français, où qu'il réside ou soit domicilié, c'est en principe et sauf dérogations à notre Code civil qu'on demandera la solution des questions suivantes :

1° S'il se présente un tuteur *testamentaire*, est-il régulièrement nommé, au fond et dans la forme?

2° Y a-t-il d'ailleurs un tuteur *légitime*, qui doive obtenir la préférence?

3° A défaut de l'un et de l'autre, à qui appartient de nommer un tuteur ; dans quelle forme cette nomination sera-t-elle faite ; à quel contrôle est-elle sujette ; qui pourra l'attaquer?

(1) Il s'agit, bien entendu, de consuls qui ne sont pas expressément autorisés à ce faire, par des conventions internationales.

4° D'une manière générale, l'individu qui excipe de la qualité de tuteur est-il bien capable de l'être?

5° A l'inverse, celui auquel on ne conteste pas cette qualité n'a-t-il pas quelque excuse à faire valoir?

6° *Quid* à l'égard du subrogé-tuteur et des membres du conseil de famille?

La plupart du temps, dans l'hypothèse que nous avons choisie, il ne surgira aucune difficulté, car la famille du mineur sera le plus souvent française, et comme la tutelle va se constituer chez nous, on n'aperçoit pas la possibilité d'un conflit de lois. Le chapitre III du titre X de notre Code civil recevra donc, sans difficultés, son entière application.

Mais la nécessité de faire appel aux principes du Droit international apparaît, si l'on suppose que par suite d'annexions, de naturalisations ou de mariages, les membres de la famille du mineur, ceux du moins dont il y a lieu de se préoccuper, en fait ou en droit, relativement à la constitution de la tutelle, sont de nationalités différentes de celle du pupille. Par exemple, le père et la mère de cet enfant français se sont fait naturaliser allemands (1) postérieurement à sa naissance; nous pouvons supposer en outre que la mère est allemande d'origine, en sorte que toute la famille maternelle du mineur se trouve n'être pas française.

Cherchons à résoudre le conflit des lois d'une manière

(1) Aux termes d'une loi allemande de 1870, la naturalisation du père entraîne bien celle de ses enfants mineurs, mais *sauf dérogation*; or nous supposons précisément cette dérogation-là. Du reste, n'eût-elle pas existé, l'enfant reste bien français aux yeux de la loi française.

générale. Pour celà, prenons successivement chacune des six questions que nous avons signalées au début de ce chapitre.

1° Aux termes de l'art. 397, du moment qu'il s'agit d'un enfant français, dont la tutelle s'ouvre par le décès d'un de ses père et mère, la tutelle testamentaire n'est pas possible. Le droit du survivant à la tutelle légitime est incontestable.

Quid, cependant, en cas de prédécès *du père*, si sa législation *à lui* lui donnait le droit de désigner par testament un tuteur à l'exclusion de la mère (1).

Il suffira, pensons-nous, pour réclamer ici la prépondérance de la loi française, de faire appel aux considérations générales sur lesquelles nous nous sommes précédemment étendu (2). Notons pourtant que la jurisprudence pourrait bien donner un démenti à cette manière de voir. On sait combien, au nom des intérêts français, notre Cour de cassation (arrêt de 1873) fait bon marché des règles de Droit international. Le procès sur lequel elle a statué présentait une situation inverse de celle-ci : il s'agissait de protéger une *mère* française contre l'application d'une loi étrangère, celle du mineur, laquelle repoussait la tutelle légale. La Cour n'a pas failli à cette protection, qui pouvait être légitime en fait, qui s'est trouvée, suivant nous, démesurée en droit. Dans le cas présent, les tribunaux d'un pays qui donne effet à la volonté du père prédé-

(1) Observons que le Code civil russe (art. 176) permet au premier mourant des père et mère d'assigner au survivant un co-tuteur. — Si cette disposition est la cause d'un conflit de loi, il faut le trancher d'après les principes exposés au texte.

(2) Voir la critique de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1873.

cédé, quant à la dévolution de la tutelle, et ce, malgré la survie de la mère, ces tribunaux seront-ils appelés à sanctionner cette volonté, qui émane d'un de leurs nationaux, et que leur loi nationale consacre à l'encontre de la loi du mineur ? S'ils entrent dans la voie de notre Cour de cassation, nul doute que la règle du Code civil français ne soit écartée (1).

A l'inverse, on peut supposer des institutions plus jalouses encore des droits de la mère survivante que ne l'est notre Code civil. L'art. 392, aux termes duquel le mari peut assigner un conseil à sa femme, pour le jour où elle sera tutrice, cet article n'est pas tellement fondé en raison qu'il ait été reproduit partout. Que se passera-t-il donc si, s'agissant de la tutelle de son enfant français, le père étranger, sujet d'un pays où notre art. 392 n'a pas de disposition qui lui corresponde, impose à sa femme le conseil dont nous parlons ?

Ce qui fait hésiter, c'est que, d'après leur loi commune, le père n'a pas le droit de nommer un conseil à sa femme, la mère n'est pas tenue de l'accepter. C'est donc faire violence à leur statut personnel à tous les deux que de réclamer l'application de notre article 392, si le mari a jugé bon d'user de la faculté que la loi accorde aux pères français.

Nous croyons bien sincèrement que la disposition du

(1) Si le tuteur testamentaire est confirmé, reconnu, par les tribunaux de son pays, et si d'autre part la mère fait valoir ses droits avec succès devant les magistrats français, il y aura alors un tuteur et une tutrice. Chacun ne pourra administrer que dans les limites de l'Etat qui l'a accepté ; en fait il est impossible d'échapper à cette situation anti-juridique et pratiquement déplorable.

Code civil serait comptée pour lettre morte si les tribunaux étrangers étaient appelés à statuer sur cette espèce. Et pourtant, en droit strict, il faudrait blâmer une telle décision. N'hésitons pas à faire encore appel aux principes. Quand un législateur organise la tutelle, est-ce l'intérêt, et par conséquent le statut personnel du père ou de la mère qu'il doit avoir en vue ? Nullement. C'est le statut personnel de l'incapable. Si, réflexion faite, il juge inutile d'ajouter aux mesures de protection celle qui trouve son expression dans notre article 392, les mineurs ses compatriotes n'en jouiront pas, c'est une affaire entendue. Mais qu'il ne prétende pas statuer sur les incapables étrangers ! Ceux-ci ont le droit de réclamer partout l'application de leur loi nationale, en tant du moins qu'elle ne heurte pas un principe d'ordre public (1).

Mais, dit-on, le statut personnel du père et de la mère sera violé ? Nous répondrons qu'il l'est aussi, en matière de puissance paternelle, lorsque le père et le fils sont de nationalités différentes. Le statut du père cède en pareil cas, et c'est justice, puisqu'aux yeux des législations modernes, l'enfant est traité dans la matière comme l'intéressé principal.

Dans l'examen de cette double difficulté, nous avons supposé le cas ordinaire : celui où le père et la mère ont la même nationalité. *Quid*, si la mère est française, comme le mineur ?

(1) Invoquera-t-on ici l'ordre public ? Alors la discussion est close, car c'est pure affaire d'appréciation, et nul n'est forcé d'entendre l'ordre public comme son contradicteur.

Il est clair que les mêmes principes doivent recevoir leur application ; mais hâtons-nous d'ajouter qu'ici elle paraîtra moins choquante, et aura plus de chances d'obtenir le suffrage des tribunaux. Car, pour respecter le statut personnel du père, il faudra en sacrifier deux autres. Ce serait d'autant plus bizarre que le père n'est plus de ce monde, n'a par conséquent plus de rôle à remplir sur la scène juridique, et que sa volonté se survivant à elle-même aboutirait à tenir en échec des intérêts sérieux, actuels et tangibles.

Si la tutelle qu'il s'agit de constituer au mineur français succède à une autre, c'est-à-dire si elle s'ouvre par le décès du survivant des père et mère, alors la nomination d'un tuteur testamentaire est possible. Mais dans quelle forme cette nomination doit-elle être faite pour être valable ?

Notre Code civil, pour ce cas, comme pour celui de l'art. 392, ne reconnaît que deux modes de procéder, l'acte authentique et le testament. Il est donc hors de doute que si la désignation a été faite en France, elle ne sera pas valable en dehors de ces deux formes. *Quid* si elle a lieu à l'étranger, dans un pays par exemple dont la législation se contente d'une nomination verbale (1) ? On se heurte ici aux difficiles questions qui se rattachent à la règle *Locus regit actum*. Sans entrer dans des détails qui n'ont pas trait immédiatement à notre sujet, disons que, sui-

(1) Dans ce cas, l'expression *tuteur testamentaire* pourrait passer pour inexacte, car il n'y a pas de testament, ou, s'il y en a un, il ne contient pas de dispositions relatives à la tutelle. Disons donc, avec plus de précision : tuteur désigné par le survivant des père et mère.

vant nous, le père aura procédé valablement, hors le cas invraisemblable du reste, où il y aurait eu fraude de sa part. Mais il est probable que nos tribunaux se montreront très-sévères, soit quant à la preuve de la vocation, soit quant à la preuve de l'identité de la personne qui s'en prétend investie.

2° Nous venons de voir que s'il s'agit d'un mineur français, qui vient de perdre son père, c'est à la mère que revient *dans tous les cas* la tutelle, laquelle est appelée légitime. Généralisant, nous pouvons dire que soit en ce qui concerne l'ouverture, soit en ce qui concerne la dévolution de la tutelle dite légitime, la loi nationale du mineur s'impose. Dans presque toutes les législations les tutelles légitimes sont indépendantes et exclusives de la tutelle testamentaire. Pourtant, on peut en trouver qui donnent la préférence à la tutelle testamentaire sur certaines autres tutelles, lesquelles sont bien pourtant légitimes, en ce sens qu'elles vont de plein droit à certaines personnes (1). Notre Code en contient même un exemple. (art. 402 et suiv.) Tous conflits de loi en cette matière doivent se résoudre par les principes que nous avons posés.

3° A défaut de tuteur légitime et de tuteur testamentaire il y a lieu de désigner un tuteur datif. C'est toujours la loi nationale du mineur qui indiquera l'autorité ou les autorités compétentes pour faire cette nomination, les garanties de forme qui doivent l'entourer, les recours dont elle pourra être l'objet. Notons cependant que si la tu-

(1) Ou à certains corps d'Etat, ou corporations. Voir les art. 178 à 186 du Code civil de Russie.

telle de l'enfant est constituée dans le pays où il réside et en dehors des cas où la loi nationale serait appelée à recevoir son application, soit par le ministère d'un consul, soit par suite de sa conformité avec la législation de ce pays même, cette règle ne pourra pas être observée. Mais nous savons qu'une tutelle de ce genre est en principe provisoire, et elle n'acquerrait de caractère définitif que par suite d'un concours de circonstances ou plus exactement de négligences, dont nous avons déjà fait le tableau et qui ne sont heureusement pas à prévoir.

4° On sent que lorsqu'il s'agit de déterminer le personnel de la tutelle, il se pose immédiatement une question de *capacité*. N'oublions pas, au cours de cet examen, que la personne sur laquelle un doute s'élève est disposée à prendre en main le fardeau de l'administration. Il en résulte qu'ici, plus que partout, l'intérêt du mineur éclate avec évidence comme étant le *seul* objet et le *seul* but de la controverse.

A la rigueur, cette considération pourrait paraître suffisante à l'effet d'appliquer ici, à l'exclusion de toute autre, la loi nationale du mineur. Pourtant, il importe encore de pénétrer avec prudence dans le conflit des législations.

Deux cas peuvent se présenter : ou la loi nationale du mineur est plus sévère que celle du postulant à la tutelle, c'est-à-dire qu'elle proclame une cause d'incapacité que l'autre ne reconnaît pas, ou elle est au contraire plus large, plus bénigne.

Dans la première hypothèse, l'application rigoureuse de la loi nationale ne semble pas devoir rencontrer d'op-

position. C'est elle, en effet, qui règlera les pouvoirs du tuteur en exercice, qui fixera les autorités de contrôle, qui assignera des limites à la responsabilité. Mais tout se tient dans une institution juridique. Pouvoirs, contrôle, responsabilité, ne sont organisés de telle façon, avec plus ou moins de précision, avec un abandon plus ou moins grand, que parce qu'on a exigé du tuteur des garanties de moralité et de capacité plus ou moins nettes. « Le « choix de la personne, dit un auteur (1), apparaît comme « intimement lié à la manière dont les fonctions sont « définies ; la même loi doit intervenir de part et « d'autre. »

On objectera que le futur tuteur est capable de par sa loi nationale, que son statut personnel le suit partout, qu'il ne saurait être inhabile à l'étranger, étant habile chez lui... Ce sont de faibles raisons. Il est habile chez lui comme à l'étranger à la condition que la loi nationale du mineur ne le mette pas au nombre des incapables. S'agit-il bien, d'ailleurs, d'une capacité proprement dite, d'une de celles qu'on a en vue lorsqu'on dit que le statut personnel suit partout l'individu ? Après tout, la question qui se pose n'a trait qu'à la détermination de l'intelligence et de l'honorabilité nécessaires pour remplir une certaine fonction. Cette fonction étant gratuite, même onéreuse, son accomplissement devant profiter à un autre qu'au titulaire, il est clair que celui-ci aurait mauvaise grâce à prétendre faire prévaloir sa loi. Tandis que lorsqu'il s'agit d'état et de capacité proprement dite, de sa-

(1) M. Chavegrin. Revue critique. *Loc. cit.*

voir, par exemple, si une femme mariée peut faire tel ou tel acte, on comprend qu'elle réclame en tout pays d'être jugée suivant son statut personnel, puisqu'elle est intéressée en première ligne.

Au second cas, lorsque la loi du mineur est la plus large, lorsqu'elle considère comme capable un individu qui ne l'est pas d'après sa loi personnelle, il y a bien conflit théorique, mais pratiquement il n'existe pas. Car nous supposons toujours le futur tuteur animé de bonnes intentions, et ne faisant valoir aucun motif d'excuse. La question ne ferait l'objet d'un débat devant les tribunaux, que si le postulant déplaisait aux membres du conseil de famille, qui chercheraient à l'écarter en se fondant sur son propre statut. Leur prétention, n'en doutons pas, devrait être en principe repoussée.

Il est manifeste, d'ailleurs, que la théorie que nous proposons relativement aux incapacités a un caractère général, et qu'elle s'applique sans distinction aux tuteurs datifs, légitimes ou testamentaires.

5° Il reste une question intéressante : celle des excuses.

Un individu peut ne pas être chargé de la tutelle pour deux motifs principaux : soit qu'il s'y prête, mais qu'on le déclare incapable, c'est l'hypothèse que nous venons d'examiner ; soit qu'il ne s'y prête pas et soit d'ailleurs dans un cas d'excuse légitime. Il est certain en effet qu'on ne peut rejeter sur un individu quelconque une charge aussi peu rémunératoire, et que sa nature même indique ne devoir être que l'apanage de quelques-uns. Du principe même que la tutelle est une charge de famille, il découle

que la non-parenté sera généralement une raison légitime de la refuser. En droit français, on compte six autres causes d'excuse : certains services publics, l'âge, les infirmités, le nombre de tutelles, le nombre d'enfants et le sexe. En législation pure, il y aurait peu de chose à dire sur cette énumération : le bon sens la déclare satisfaisante.

A première vue, la théorie des excuses semble fondée dans l'unique intérêt des tuteurs. D'où il faudrait conclure, en vertu des principes que nous avons posés, que, sur ce point, c'est de sa propre loi qu'il faudra prendre l'indication. Pourtant, gardons-nous encore ici de nous déterminer à la légère et d'envisager la question à un seul point de vue.

On reconnaît vite, en effet, que l'enfant est, lui aussi, très-intéressé au rejet ou à l'admission d'une excuse : il lui importe fort que sa conduite et l'administration de ses biens ne soient pas confiés à un individu, qui, n'ayant pas la plénitude de son temps, ou de sa santé, ou de sa liberté d'esprit, apporterait à une mission forcée une négligence inévitable. On peut donc dire que l'excuse correspond à un double besoin, et c'est sur l'un et l'autre de ces deux éléments que nous allons fonder notre solution.

Il faut toujours supposer que le pupille et le tuteur (1) sont de nationalités différentes. Admettons que la loi du

(1) Ici, comme dans les discussions précédentes, j'emploie, pour éviter des périphrases, le mot *tuteur* à l'effet de désigner la personne sur laquelle un doute s'élève.

pupille, plus exigeante que l'autre, ne se contente pas d'un motif d'excuse que la loi du tuteur reconnaît fondée. Pratiquement, la solution n'est guère douteuse. Les tribunaux d'un pays consentiront toujours à placer un de leurs nationaux sous la protection d'une excuse qui est écrite dans leur Code, et les tribunaux français (nous admettons toujours que le pupille est un de nos compatriotes) ne seront guère disposés à forcer la main à un tuteur étranger, eux qui se décident si péniblement à l'admettre, lorsqu'il fait preuve de bon vouloir (2). Théoriquement, nous serions disposé à nous prononcer dans le même sens. Nous l'avons dit, deux intérêts sont en présence ; mais il nous semble difficile de contester le premier rang à celui du tuteur. Supposons que le tuteur soit contraint, il peut en résulter pour lui de graves embarras, des inconvénients fort sérieux. *Ex parte minoris* trouvons-nous, en avantages, de quoi faire équilibre, il faut même dire plus, de quoi faire pencher la balance? La négative est à peu près certaine. Eloigné d'abord, chargé ensuite d'affaires ou de famille, irrité enfin par la contrainte même, le tuteur, presque inévitablement, gèrera mal ou ne gèrera pas du tout. Je ne sais trop à quelles hypothèses il faudrait se référer pour assigner au pupille un haut intérêt à ce que sa loi propre fût appliquée rigoureusement dans la matière des excuses. Laissons donc de côté les subtilités et les invraisemblances, et, au risque de glisser une *inelegantia juris* dans la théorie géné-

(2) Il ne faudrait pas cependant que le tuteur se fût procuré une nationalité nouvelle pour échapper au fardeau dont il sentait la menace. *Fraus omnia corrumpit*. Mais c'est là une hypothèse invraisemblable.

rale que nous nous occupons de développer, concluons qu'ici c'est la *lex tutoris* qui doit recevoir son application.

Mais ce que nous ne saurions accepter, c'est que la qualité d'étranger soit, par elle-même et par elle seule, une cause d'excuse relativement à la tutelle d'un mineur français (1). Le grand argument qu'on pourrait produire ici serait tiré des art. 430 et 432, qui se servent du mot *citoyen*. Mais, encore une fois, le Code civil n'est pas un monument de Droit international, et il ne faut pas prétendre appliquer la lettre même de ses dispositions à des hypothèses qu'il n'a jamais cherché à prévoir. Nous croyons pouvoir maintenir que le mot *citoyen* est venu sous la plume du législateur à titre d'expression commode, et pour éviter des répétitions. C'est aussi un terme plus digne de prendre place dans un Code qu'*individu ou personne*, qui appartiennent au langage usuel et passent aisément dans la conversation. Tout ce qu'on peut dire c'est que les étrangers, non parce qu'ils sont tels, mais parce qu'ils sont domiciliés généralement hors du territoire de France, ne pourront être contraints, par un de nos juges de paix, à former un conseil de famille et, au besoin, à accepter la tutelle, dans le cas prévu par l'art. 432. Mais je me crois fondé à soutenir qu'un étranger domicilié sur notre sol, dans une commune où vient de s'ouvrir la tutelle d'un de nos compatriotes, s'il est connu d'autre part pour avoir eu des relations avec le père du

(1) On croit voir poindre cette opinion dans un arrêt, déjà cité, de la Cour de Paris, du 21 mars 1862.

pupille, et pour être au courant de ses affaires, pourra, dans le cas de l'art. 432, avoir la main forcée comme un Français lui-même. Et quant aux étrangers parents ou alliés du mineur, qui se trouvent régulièrement appelés à la tutelle, et qui n'ont pas d'excuse à faire valoir, ni selon notre loi, ni selon la leur, j'admets qu'en théorie tout au moins (2), les tribunaux français pourraient les obliger à être tuteurs, sauf à prononcer contre eux, en cas de refus ou d'inaction, des condamnations à l'amende et à des dommages-intérêts qui seraient certainement exécutoires sur leurs biens de France.

Supposons maintenant que la loi du tuteur, plus rigoureuse que celle de l'enfant, repousse une cause d'excuse admise par cette dernière. Si les excuses étaient fondées sur le seul intérêt du tuteur, nous serions tenté de le contraindre à l'acceptation de la tutelle. Au moment où il invoque la *lex tutelæ*, nous pourrions lui répondre par son statut personnel, et il courrait grand risque de succomber devant les tribunaux de son pays même. Mais n'oublions pas que le mineur a un grand intérêt à ce qu'on ne produise pas un tel argument. C'est sa loi propre qui est appelée à le protéger. C'est elle qui, réglant les pouvoirs du tuteur, est compétente pour déterminer les cas où ces devoirs, devenant trop onéreux, seront nécessairement mal remplis. Enfin cette solution a l'avantage de revenir au principe de la *lex tutelæ*.

On voit, en résumé, qu'en ce qui touche les dispenses,

(2) Je conviens très-volontiers que la pratique aura de la peine à accepter cette solution.

il faut se référer à une double législation, parce qu'il y a ici deux intéressés. Le tuteur qui veut échapper à sa mission pourra invoquer celle des deux lois qui lui sera le plus favorable. Il ne sera contraint qu'au cas où elles seront identiques, au moins quant à la non-admission de l'excuse qu'il prétend invoquer.

6° Les principes que nous venons d'appliquer au tuteur sont communs aux personnes qui sont appelées régulièrement aux fonctions de subrogé-tuteur et de membre d'un conseil de famille.

Au point où nous en sommes arrivés, le tuteur est nommé, les rouages de la tutelle sont prêts. Il nous reste à voir dans ses détails le fonctionnement de l'institution juridique dont nous avons étudié l'organisation.

DU FONCTIONNEMENT DE LA TUTELLE.

DES POUVOIRS DU TUTEUR SUR LA PERSONNE DU MINEUR.

C'est, comme nous l'avons déjà vu, la loi du mineur qui règle les pouvoirs que son tuteur peut avoir sur sa personne. En droit français, de notables différences séparent l'autorité tutélaire de la puissance paternelle. Les droits de garde, d'éducation et de correction subissent des amoindrissements notables entre les mains d'un simple tuteur. Quelles que soient les dispositions des lois étran-

gères à cet égard, un mineur français, hors de France, n'aura jamais à subir que cette autorité modérée, sauf le cas, d'ailleurs rare, d'une tutelle constituée au lieu du domicile ou de la résidence étrangère, par les autorités et d'après la législation locales.

L'application de la loi nationale du pupille est acceptée partout en principe; mais on convient cependant d'y apporter des réserves, celles qui tiendraient à l'ordre public. Il se peut que la législation d'un pays, de la France, par exemple, s'oppose à certaines manifestations de la puissance tutélaire, qui ne sont conformes ni aux goûts, ni aux habitudes de la nation. Il n'est pas douteux que le statut réel n'ait alors le droit d'être écouté. Ainsi un tuteur étranger, qui prétendrait exercer chez nous son droit de correction autrement que ne l'admettent nos lois, au moyen d'une séquestration privée ou à l'aide de châtiments corporels, serait empêché et réprimé par nos tribunaux.

Toutefois la question peut se présenter sous une forme plus délicate. Le droit de correction dont parle notre Code civil ne s'exerce, entre les mains d'un simple tuteur, que par voie de réquisition, et encore sous l'agrément du conseil de famille. Supposons que la loi du pupille permette à l'autorité tutélaire l'emploi de l'autre moyen, beaucoup plus commode et expéditif. La question est de savoir si l'application pure et simple de cette loi pourra être considérée en France comme attentatoire à notre ordre public.

Il nous semble que ce serait donner à notre ordre public beaucoup trop d'importance. Sans doute il nous

paraîtrait scandaleux de voir un étranger se livrer, sur un enfant dont il a la conduite, à des modes de correction que réprouvent nos usages, et nos tribunaux ou tout au moins la police mettraient bon ordre à un tel état de choses. Mais il s'agit ici d'une séquestration régulière, dont la loi française reconnaît la nécessité dans certains cas, et qu'elle offre comme répression extrême à l'humeur indisciplinée du jeune âge. Il n'y a conflit de lois qu'en ce qui touche les voies et moyens, les conditions et formalités à remplir pour arriver à cette séquestration. Or il semble que, sur ce point, c'est à chaque pays à faire son règlement, d'après le caractère de ses nationaux. On comprend que certaines races, celles, par exemple, de civilisation récente, aient besoin, en raison du fonds de barbarie qui leur reste, que le principe d'autorité soit consacré chez elles par des sanctions plus directes et plus vigoureuses. Transportez en France quelques-uns de leurs membres, leur intérêt même exige qu'ils soient soumis à une discipline plus exacte. Au fond c'est toujours la grande raison qui a fini par faire triompher le statut personnel. Mais il ne faut pas craindre d'y insister, parce que cette théorie qui, vue d'ensemble, se présente sous l'aspect le plus favorable, risque d'être atteinte, lorsqu'il s'agit de telle conséquence éloignée, par les susceptibilités que chaque nation tient en réserve, et les jalousies souvent illégitimes du principe de souveraineté.

Enfin certaines législations, celle d'Italie, par exemple, refusent d'admettre le droit de correction, même sous la forme assez bénigne que consacre la loi française. Com-

ment trancher le conflit qui ne manquera pas de s'élever, si un tuteur français veut faire emprisonner son pupille en Italie, et un tuteur italien son pupille en France?

MM. Laurent et Fiore répondent très-simplement que leur prétention est inadmissible à l'un et à l'autre. Nous partageons cette manière de voir. Au tuteur français on opposera le droit public italien, qui n'admet pas l'incarcération des mineurs comme mode de correction tutélaire; au tuteur italien le statut personnel de son pupille, qui le met à l'abri des rigueurs du Code civil français.

Il nous reste à signaler, fort sommairement, puisque nous l'avons déjà fait, les conséquences que produit ici le système anglo-américain, fort différent de celui-ci, et qui tient dans cette formule « Les pouvoirs du tuteur sont « strictement territoriaux ». Un mineur étranger qui réside en Angleterre ou en Amérique pourra donc, si on observe strictement la *common-law*, se voir appliquer le droit de correction sous une forme aussi peu respectueuse que possible de son statut personnel. Ce système simplifie tout; mais tout aussi le fait considérer comme inacceptable.

Nous ne voyons pas que les droits d'*éducation* et de *garde* puissent donner lieu à des difficultés sérieuses, car ils semblent être de l'essence de toute tutelle, et ce n'est guère que dans l'ancienne Rome qu'on a songé à en priver le tuteur. S'il se présente quelque conflit, on en trouvera aisément la solution en faisant appel au principe salutaire de la *lex tutelæ*.

DES POUVOIRS DU TUTEUR SUR LES BIENS DU MINEUR.

Si les pouvoirs du tuteur sur la personne du pupille ne méritaient qu'un examen rapide, ceux qu'il peut avoir sur les biens demandent au contraire, à être assez longuement discutés. Les conflits de lois vont nous apparaître ici plus fréquents et plus graves que jamais.

En étudiant les questions qui se rattachent soit à l'organisation de la tutelle, soit au droit de correction, qui est le plus éclatant des droits sur la personne, nous avons généralement trouvés en présence deux statuts : l'un personnel, celui du pupille, l'autre réel, celui du pays où il est domicilié, résident ou de passage. Sans doute la tendance réaliste ne se désiste jamais aisément de ses prétentions : pourtant, dans les conflits dont nous parlons, nous avons vu qu'assez généralement elle cède le pas. C'est qu'en définitive les faits de domicile ou de résidence ne constituent pas des liens bien forts entre les individus et les Etats ; ils n'ont surtout rien de matériel, et justement les idées de matérialité et de réalité sont sœurs. Maintenant, au contraire, nous avons à parler des biens, et singulièrement des immeubles, ces portions intégrantes et constitutives d'un pays. Sans jeu de mots, le réalisme trouve ici un terrain plus solide, et ce n'est pas sans peine que la doctrine plus neuve du statut personnel arrive à le faire se relâcher progressivement de ses exigences. Voilà

donc qui nous fait pressentir que les conflits seront plus graves.

Nous les trouverons aussi plus nombreux que dans la partie de notre travail qui traite du personnel de la tutelle. Car, dans cette partie-là, nous avons constamment supposé, et en dehors de cette condition elle n'avait pas d'objet, que les membres de la famille du pupille étaient de nationalités différentes. Or il est aujourd'hui beaucoup moins rare de voir un mineur français à la tête d'une fortune disséminée un peu partout, que de lui découvrir une famille partie allemande, ou partie espagnole, etc.

Les considérations précédentes montrent assez que le principe que nous aurons sans cesse devant les yeux, et celui aussi que nous serons constamment appelé à défendre est celui de l'*unité* de la tutelle, consacré par l'application générale de la *lex tutelæ*.

Un point que nous avons déjà établi, c'est qu'en dépit de la *common-law* et des idées anglo-américaines, le tuteur régulièrement nommé doit être reconnu partout comme tel, et pouvoir agir (nous verrons plus tard comment) même en ce qui concerne les immeubles étrangers. Suivant nous encore, une investiture est inutile, et n'aurait d'autre effet que de constituer des frais à la charge du mineur. Nous avons trop insisté sur ces idées, elles répondent trop au besoin d'ordre et d'unité qui se fait sentir dans toute institution juridique, pour que nous croyons devoir nous y arrêter davantage.

Ce caractère d'universalité, que la doctrine moderne reconnaît à la tutelle régulière et définitive, appartient-il aussi à la tutelle *provisoire* que nous avons vu cons-

tituer quelquefois ailleurs que dans la patrie du mineur et par d'autres soins que ceux de son consul? Cela nous paraît assez difficile. On l'a soutenu pourtant, et par deux raisons: l'intérêt du mineur et les nécessités de la pratique. On voudra bien observer que la plupart du temps cette tutelle aura un caractère local aussi bien en fait qu'en droit. C'est pour l'administration temporaire de biens situés sur son territoire que l'autorité d'un pays l'aura organisée. Si le mineur a des biens mobiliers ou immobiliers ailleurs, ce sera presque toujours dans sa patrie, et alors de deux choses l'une: ou les premières démarches du tuteur étranger seront connues de la famille de l'incapable, laquelle ne manquera pas de s'en émouvoir, et s'occupera d'organiser une tutelle régulière; ou elles resteront inconnues, et alors nous cessons d'être en présence d'une situation provisoire. La tutelle devient définitive par la force des choses, et elle doit être traitée comme ayant toujours eu ce caractère.

Mais si le principe de l'unité et de l'universalité de la tutelle, outre la satisfaction qu'il donne à l'esprit juridique et scientifique, est appelé en outre à servir les intérêts du mineur, il demande pourtant à être précisé (1), et, faute de bien l'entendre, on arriverait à des résultats qui manqueraient le but en le dépassant.

Il est bon, assurément, il est même indispensable qu'à la tête du patrimoine du mineur figure un gérant, reconnu partout comme tel, pouvant agir en tout pays,

(1) Je dis *précisé* et non *limité*, parce que, comme nous le verrons tout à l'heure, on fait quelquefois le commentaire du principe de façon à démembrer le principe lui-même.

centralisant à la fois et l'administration, et la responsabilité.

Mais si l'on suppose un mineur ayant une fortune considérable, laquelle est disséminée en Russie, en Espagne, en Suisse, on trouve aisément le revers, le côté faible de cette organisation. On constate que la charge du tuteur est lourde, et qu'à moins de supposer réunis en lui un zèle incroyable et de nombreux loisirs, la fortune du pupille risque d'être mal administrée. Cette idée a paru si saisissante à certains auteurs qu'ils ont proposé, pour parer à cet inconvénient, la nomination de *protuteurs*, gérant chacun les biens de telle région déterminée, et n'étant responsables, ni vis-à-vis du tuteur qu'on continue à appeler principal (1) (lequel n'a pas non plus par conséquent à répondre au pupille de leur gestion), ni des administrations respectives de leurs collègues.

Le caractère particulier de ce système c'est qu'il prétend faire sa part au principe de la *lex tutelæ*, tout en affirmant ne vouloir en rien lui manquer. Il reste bien dans les termes du principe en reconnaissant que ces divers protuteurs seront soumis, quant à leur nomination, leurs droits et leur obligations respectives, à la *lex tutelæ* (1), mais il le heurte, suivant nous, d'une manière trop brusque, en déclarant que le tuteur *principal* n'aura à ré-

(1) Je me demande pourquoi ? Puisque ce tuteur n'a aucun droit de surveillance ni de contrôle sur les autres, à quelle considération doit-il cette supériorité de titre ?

(2) Je n'examine, bien entendu, cette question de la protutelle que pour les législations qui ne contiennent pas de dispositions expresses à cet égard, comme par exemple la législation française. Il est clair que si la *lex tutelæ* consacre formellement le système que je me permets de critiquer, il ne reste qu'à s'incliner devant sa manière de voir.

pondre que de sa gestion personnelle, sans que le mineur puisse jamais lui demander de comptes relativement à l'administration des autres gérants dits *protuleurs*. Cette manière de voir trouve son expression dans la proposition suivante, que j'emprunte au jurisconsulte Bar. (Revue critique 1883, p. 576.) « Si l'unité de la tutelle est dé« truite, la *lex tutelæ* reste une ».

J'observerai premièrement que cette théorie, fût-elle exacte, me semble dangereuse ; elle renferme une concession qui peut devenir fatale à la *lex tutelæ* elle-même; et il est difficile que les tribunaux appelés à la mettre en application le fassent sans rien exagérer. Quand il auront admis, avec les jurisconsultes de cette école, que les protuteurs sont indépendants du tuteur principal, ils seront portés à aller plus loin, et c'est la *lex tutelæ* qui se trouvera en danger. Je ne veux pas dire par là qu'ils auraient raison ; il me semble au contraire qu'en dépit de toutes les apparences et de toutes les tendances il faut observer, dans l'intérêt du mineur, sa propre loi, la loi de sa patrie. Seulement, constatons que cette observation est quelquefois un peu pénible, qu'elle exige un certain renoncement aux habitudes, un certain dessaisissement d'amour-propre national. Or, le meilleur moyen de la faciliter c'est, à mon sens, de présenter aux yeux des juges un corps de doctrine, un ensemble juridique un et compact, et séduisant, sinon par les résultats immédiats qu'il produit, au moins par son harmonie exacte et sévère. Précisément cette unité et cette harmonie me semblent détruites si l'on concède qu'il peut y avoir autant de protuteurs indépendants qu'il y a de biens en différents

pays. C'est bien admettre la pluralité de tutelles quant au personnel qu'elles comportent : de là à proclamer la pluralité quant aux lois qui doivent les régir, il n'y a qu'un pas, et, de chûte en chûte, nous aboutirons bientôt à la doctrine anglo-américaine. Ce protuteur lui-même, qui sera le plus souvent citoyen du pays où sont les biens à gouverner, sera le premier à trouver toute naturelle l'application de sa loi nationale, et peut-être à la réclamer. En fait, le tribunal du pays, ayant à déterminer quel statut il convient d'appliquer, et considérant dans la tutelle ces trois éléments : le mineur, les biens, le gérant, lequel est leur compatriote, se laissera presque toujours déterminer par l'influence des deux derniers. Au lieu que si l'on suppose un gérant salarié ou non, mais administrant sous la responsabilité du tuteur principal, il s'absorbe juridiquement à ce point de vue dans la personne dudit tuteur, passe au rang de simple mandataire, en sorte que dans les trois éléments que les juges vont prendre en considération, la majorité est, pour ainsi dire, renversée, il ne reste plus, pour favoriser l'application de la loi du pays, que le fait de la situation des biens, et la *lex tutelæ*, moins combattue par les apparences, a plus de chances de recevoir sa légitime application.

Quel que soit le parti que l'on prenne sur l'exactitude et l'importance de cette considération, on aura d'ailleurs quelque peine à admettre le système de Bar, si l'on veut bien réfléchir sur le point suivant : en admettant la théorie des protuteurs indépendants, quel but poursuit-on ? On ne cherche pas à favoriser l'application de la *lex rei sitæ*, et tous les auteurs protestent contre cette intention.

On cherche seulement à rendre plus facile, et par conséquent plus avantageuse la gestion des biens du mineur, en instituant un préposé spécial à chacun d'eux. Je reconnais que la mesure est, ou plutôt peut être excellente en certains cas; mais qu'importe au succès de la gestion qu'à cet élément, la spécialité, on ajoute cet autre : l'indépendance des gérants vis-à-vis du tuteur principal? Pour le justifier, il faut passer à un autre ordre d'idées; il faut dire : ce tuteur principal peut légitimement demander que sa responsabilité ne s'étende pas à des biens peut-être fort éloignés, qu'il ne connaît pas, et qui seront administrés par d'autres. Là est le point délicat. Que le tuteur soit bien aise d'être déchargé d'une responsabilité, cela n'est point douteux. Mais que la doctrine doive consulter ses préférences et en faire des raisons de droit, c'est ce que je ne saurais admettre. Il s'agit avant tout d'imprimer à la fortune du mineur une direction intelligente et sûre. Elle sera intelligente si on multiplie les moteurs, tout en laissant subsister une attache entre le centre de la tutelle et les gestions locales. Elle sera sûre, ou du moins aussi sûre que possible, si on concentre toute la responsabilité sur une seule tête, si, tout en permettant au tuteur de se faire aider dans sa tâche par des gérants ou mandataires, on l'intéresse à une surveillance rigoureuse en l'avertissant que les malversations et les fautes seront portées à son compte (1).

(1) Le Droit romain lui-même, qui n'avait pas une grande prédilection pour les impubères, et qu'on n'accusera pas de s'être laissé dominer par des raisons de sentiment, préférait de beaucoup la combinaison que nous proposons et la facilitait par tous les moyens possibles. — Même au cas où l'administra-

La doctrine contraire est assez généralement reconnue en Allemagne. Il est bien certain d'ailleurs, et nous tenons à le répéter, que si elle a reçu quelque part une consécration législative, le mineur qui se trouvera sous l'empire de cette loi en supportera, bonnes ou mauvaises, les conséquences. La seule source qu'aura à consulter le juge français, s'il s'agit d'un incapable étranger propriétaire d'immeubles sur notre sol, ce sont les règles admises en cette matière par la législation de cet étranger. Il n'entravera pas davantage l'administration des protuteurs indépendants que celle des gérants placés en sous-ordre. Très-probablement on ne l'appellera pas à trancher les questions de responsabilité. Mais si, par impossible, les parties convenaient de s'en rapporter à lui, si d'autre part il se déclarait compétent, c'est toujours à la *lex tutelæ* qu'il devrait s'en référer. Le tout, bien entendu, sans préjudice du cas où, par suite des circonstances et sous l'empire de la nécessité, on aurait constitué sur notre sol une tutelle ou administration provisoire.

Si l'on renverse l'hypothèse et qu'on suppose, au lieu d'un mineur étranger ayant des biens en France, un mineur français propriétaire d'immeubles à l'étranger, il faut éclairer la discussion, jusqu'à présent purement doctrinale, à la lumière des textes du Code civil.

Le principe de l'unité complète de la tutelle est hautement proclamé par notre législation, sauf une dérogation que nous verrons tout à-l'heure. Les biens du mineur

tion restait divisée entre les divers tuteurs, nous avons établi qu'ils étaient astreints à une surveillance réciproque.

fussent-ils situés aux quatre extrémités de la France, il n'y a jamais qu'un seul tuteur, et s'il se fait aider dans sa tâche, il répond des sous-administrateurs qu'il a choisis. Pourtant, si l'enfant a des immeubles dans les colonies, l'article 417 admet et même ordonne la constitution d'une *protutelle*. C'est une idée empruntée à notre ancien droit, et notre article 417 n'est que la reproduction abrégée d'une Ordonnance de 1743. A la rigueur, nous pourrions nous en tenir là, et repousser tout argument d'analogie, en invoquant le caractère exceptionnel et les termes restrictifs de ce texte. Mais si le procédé paraît étroit, nous ne nous refusons pas à négliger l'interprétation judaïque et à rechercher l'esprit de la loi. Il faut se souvenir qu'à l'époque où la Déclaration de 1743 et le Code civil ont été faits, toutes nos colonies étaient fort éloignées de la métropole, placées à l'autre extrémité du monde, et il est bon de rappeler aussi que les communications étaient beaucoup moins rapides qu'à présent. En tenant compte de ces considérations, on ne peut qu'approuver la décision du législateur français. Imposer, par exemple, à un tuteur de Paris l'obligation de gérer des biens situés dans l'Inde ou à la Guadeloupe, ou tout au moins le rendre responsable du fait des administrateurs locaux qu'on aurait pu placer à la tête de ces biens, et cela à une époque où les communications étaient lentes et difficiles, c'eût été, j'en conviens, un excès de rigueur. Mais si l'on suppose, de nos jours, un tuteur résidant à Lyon et une partie de la fortune du pupille consistant en immeubles dans le canton de Genève, on pourra, au point de vue pratique, contester fortement la nécessité d'une

protutelle. Il est vrai que les partisans du système que je combats ne regardent pas, en toute hypothèse, la protutelle comme obligatoire. Cela dépendra, disent-ils, des circonstances. C'est au conseil de famille à décider. Soit; mais il faut avouer que, dans cette doctrine, l'art. 417, le seul texte, en définitive, qui l'appuie, est fort maltraité. On prétend d'abord l'interpréter par analogie, procédé que les commentateurs déclarent en principe hardi et même dangereux. Puis on répudie l'analogie en ce qu'elle peut avoir de choquant : selon le texte, la protutelle est imposée, obligatoire ; on n'aperçoit pas du tout que le conseil de famille soit appelé à discuter sa nécessité. Et selon les auteurs dont je critique la doctrine, dans un cas qu'ils déclarent eux-mêmes assimilable à celui du texte, la question de la protutelle devient une affaire d'appréciation : c'est au conseil de famille à l'agiter et à la trancher !

Tout ce qu'on pourrait conclure, ce me semble, de l'art. 417, si on veut absolument le faire intervenir dans la matière que nous examinons, c'est qu'il *faudra* organiser une *protutelle*, au cas où le mineur français aurait des biens situés dans les pays d'outre-mer, par exemple en Amérique. Peut-être alors rencontrerait-on l'esprit de la loi, et du moins on ne sacrifierait pas son texte Mais nous persistons à croire que le mieux est encore de s'en tenir à l'interprétation restrictive, et nous concluons avec M. Laurent (1) « L'art. 454 prévoit le cas où l'étendue des « biens et leur dispersion rendrait difficile à un tuteur « unique de les gérer lui-même. Est-ce que la loi lui per-

(1) Dr. civil. Tom. 4, P. 523,

« met, dans ce cas, de provoquer la nomination d'un pro-
« tuteur ? Non. Elle maintient le principe de l'unité de
« la tutelle, sauf au conseil de famille à autoriser le tu-
« teur à s'aider d'un ou de plusieurs administrateurs par-
« ticuliers. Mais le Code a soin d'ajouter que ces admi-
« nistrateurs gèreront sous la responsabilité du tuteur. »

La solution que nous venons d'adopter nous dispense de discuter deux questions relatives à la protutelle, qui n'ont pas eu la bonne fortune de recevoir des auteurs une solution unanime. On se demande d'abord où doit se constituer la protutelle ; on hésite ensuite pour déterminer si elle doit avoir lieu même en cas de tutelle testamentaire ou légitime. Il nous suffira de signaler à cet égard l'opinion de la majorité des auteurs. On convient généralement, dans le camp des jurisconsultes qui nous sont contraires : 1° Que le protuteur sera nommé en France par le conseil de famille, réuni conformément à nos lois, quand il ne l'aura pas été par le dernier mourant des père et mère. 2° Que la protutelle est une institution générale, qu'on se trouve en présence de tuteurs légitimes, datifs ou testamentaires.

Les difficultés préliminaires étant aplanies, nous pouvons maintenant nous mettre en face d'une tutelle organisée, et étudier, relativement à son fonctionnement, une série de questions plus ou moins délicates, dont les explications antérieures feront d'ailleurs fréquemment pressentir la solution.

Supposons un mineur et un tuteur français, des biens situés en Allemagne, d'autres en Italie, d'autres en Angleterre. Quelles règles présideront à la gestion du tuteur?

Nous avons déjà proposé à la solution de ces difficultés une règle simple, juridique et pratique, celle qui consiste à appliquer en général la loi de la tutelle, sauf les cas où, par exception, et en considération de lois d'ordre public (1), il conviendra d'y suppléer par une autre loi. Mais il ne suffit pas de justifier cette idée générale. Il faut, de plus, préciser son application, et étudier le sort qui lui est réservé, en fait, par les législations des divers pays et par la jurisprudence.

Un point consacré par presque tous les Codes, c'est qu'un tuteur n'a, seul, que des pouvoirs d'administration. Toutes les fois que la conduite du patrimoine exige un acte plus grave, une aliénation d'immeubles, par exemple, on l'oblige à se pourvoir d'une autorisation supérieure, celle d'un conseil ou d'un tribunal, de toutes les deux quelquefois. Enfin, il y a des actes qui sont com-

(1) Ou par application de la règle *Locus regit actum*.

plètement interdits et qu'on ne pourra jamais faire au nom du mineur.

Dans l'hypothèse que nous avons choisie, celle où le pupille est Français, on divise en quatre classes les actes en présence desquels peut se trouver un tuteur :

1° Ceux qu'il peut faire seul ;

2° Ceux pour lesquels il a besoin de l'autorisation du conseil de famille ;

3° Ceux qui nécessitent, en outre, l'homologation du tribunal ;

4° Ceux qui lui sont absolument interdits.

Occupons-nous d'abord de cette dernière catégorie :

Actes interdits au tuteur. — Relativement à ces actes nous aurons peu de chose à dire, et les controverses qui sembleraient pouvoir s'y rattacher nous paraissent étouffées dans leur germe. Nous en voyons des raisons de fait et de droit.

Et d'abord, si l'on examine les actes qui sont, aux termes du Code civil, complètement interdits au tuteur, on peut les diviser en deux catégories.

Les uns (acceptation pure et simple de succession, compromis, donation) sont prohibés parce qu'ils présentent ce double caractère, de pouvoir être toujours évités, sans que le mineur en souffre (1) — et de renfermer un péril éventuel ou même un désavantage immédiat.

(1) Pourtant, cette proposition n'est pas rigoureusement exacte en ce qui concerne l'acceptation pure et simple de succession. Les commentateurs signalent des cas où elle serait préférable à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

Les autres sont défendus au tuteur par mesure de précaution contre lui-même, pour qu'il ne soit pas placé, suivant la formule d'usage, entre son intérêt et son devoir; pour qu'il ne soit pas tenté d'abuser de la situation qui lui est faite en pratiquant une spéculation sur les biens du mineur.

Or l'ensemble de ces interdictions est assez fondé en raison, et la tradition les a suffisamment consacrées, pour qu'elles soient reproduites par la plupart des législations européennes. Par conséquent, sur ce point, les statuts réels et personnels se trouvant généralement d'accord, il n'y aura guère de difficultés.

Théoriquement, et en supposant le conflit, c'est, bien entendu, la loi personnelle du mineur, dans l'espèce la loi française, qui doit être écoutée. Quelque haute idée qu'on ait du principe de l'ordre public, quelque désir que l'on ait de lui faire une place importante dans le droit privé, on ne peut songer à le faire intervenir ici. Dire qu'il intéresse à l'ordre public de tel royaume qu'un tuteur français puisse faire un compromis relatif aux biens que son pupille y possède, ou qu'il ait le droit de s'en porter acquéreur en cas de vente, c'est aller beaucoup trop loin dans l'interprétation extensive.

Or notons qu'en dehors de la considération d'ordre public, les véritables difficultés qu'éprouvent les tribunaux lorsqu'ils sont appelés à examiner et à critiquer un fait de tutelle consistent à faire sa part à la règle *Locus regit actum*, mise en présence de la *lex tutelæ*, à assigner à chacun des deux principes, également sages et également salutaires, son domaine propre. Mais parler de la règle *Locus re-*

git actum c'est soulever des questions de forme, et il est bien clair qu'ici les formes de l'acte sont indifférentes, puisqu'il est atteint d'un vice intime et constitutionnel, d'une nullité de fond tenant à la prohibition formelle de la loi.

Passons maintenant aux diverses catégories d'actes que le tuteur peut valablement faire, soit seul, soit avec diverses autorisations.

Actes que le tuteur peut faire seul. — L'acte élémentaire d'administration, celui auquel un tuteur sera appelé à procéder constamment, et à l'égard duquel il eût été inutile et presque vexatoire d'exiger le contrôle du conseil de famille ou du tribunal est celui qui consiste à percevoir les revenus et à en donner décharge. Pour les revenus provenant des capitaux, aucune difficulté n'est possible. Pour ceux produits par les biens immobiliers, un tuteur français n'en pourra jamais rencontrer que de la part de certaines Cours d'Angleterre ou d'Amérique qui prétendront le soumettre à une investiture ou même l'écarter au profit d'un « gardien » de leur pays.

Pourtant il est peu probable que, dans des circonstances normales, des conflits se produisent et que des entraves soient apportées à la perception, faite par un étranger, des revenus d'un immeuble situé en Angleterre ou aux Etats-Unis.

Si la décharge est donnée dans un pays où les quittances sont soumises, à peine de nullité, à quelque formalité particulière, il y aura lieu à application pure et simple de la règle *Locus regit actum*, en ce sens que le fermier

ou locataire ne pourra faire preuve de sa libération que moyennant l'accomplissement de cette formalité. C'est à lui à se tenir sur ses gardes.

Le tuteur français n'a également besoin d'aucune autorisation. 1° Pour recevoir le paiement des capitaux. 2° Pour payer ceux dont son pupille se trouve être débiteur. 3° Pour faire aux immeubles les réparations nécessaires.

S'il y a quelque créance à recouvrer par la voie judiciaire, le tuteur français intentera partout cette action sans être autorisé. Si le débiteur est un étranger qui n'a pas été admis à fixer son domicile en France, il pourra être poursuivi, soit devant les tribunaux français, soit devant les tribunaux de son pays même. Le premier parti sera généralement plus commode. Le second peut offrir des avantages, si, dans la matière, la jurisprudence étrangère est plus favorable, ou si la procédure est plus rapide, ou si le tuteur estime qu'il est plus sûr de porter directement la question devant le tribunal étranger que de soumettre plus tard un jugement français à son *exequatur*.

Supposons que dans le pays où le tuteur intente le procès, la loi exige, même pour l'exercice des actions mobilières, l'autorisation du conseil de famille ou d'un tribunal tutélaire. Les juges pourront-ils demander que le tuteur français produise, au début de l'instance, une autorisation de cette nature, sous prétexte qu'il s'agit d'une question de procédure, de forme, à laquelle s'applique la règle *Locus regit actum*? — Le mal fondé de cette prétention apparaîtra clairement lorsque nous aurons délimité le champ d'application de cette règle.

Quant à l'emploi des capitaux recouvrés et à la capitalisation des épargnes, ils seront bien évidemment soumis aux conditions et règles qui résultent du Code civil français et de la loi du 27 février 1880.

Le tuteur français pourra également passer des baux de neuf ans quant aux immeubles que le mineur possède à l'étranger. Le cas suivant peut se présenter. L'immeuble est situé dans un pays où les tuteurs peuvent, de leur seule autorité, consentir valablement des baux de quinze ou vingt ans. Un tuteur français, dépassant ses pouvoirs, mais se conformant aux usages locaux, passe un bail de cette durée. A la dissolution de la tutelle le preneur pourra-t-il opposer cette convention à l'ex-pupille? Evidemment non, en vertu de notre règle. Et pourtant ici, pour les auteurs du moins qui ont un certain penchant à la prédominance du statut réel, il y a une raison de douter ; c'est que le régime des baux se lie au régime plus général de la propriété foncière, et qu'il est par conséquent exclusif du statut personnel. On pourrait dire, par exemple, que la nature du sol exige une culture suivie, méthodique, de longue haleine ; qu'on ne peut pas permettre à des étrangers de faire prévaloir, dans un certain pays, une loi contraire à ses véritables intérêts agricoles. La réponse est bien simple ; c'était au preneur à exiger l'autorisation du conseil de famille, qui, bien certainement, n'aurait pas été refusée.

Il se peut enfin que les nécessités d'une bonne administration obligent le tuteur à procéder à une vente de meubles, soit corporels, soit incorporels. Ce point exige quelques détails.

Aux termes de la loi du 27 février 1880, s'il s'agit de meubles incorporels, créances, rentes, valeurs de Bourse, l'autorisation du conseil de famille est toujours nécessaire. Cette hypothèse rentre donc dans les sections suivantes.

Quant aux biens meubles corporels, ils ne peuvent être vendus qu'en justice ou par devant notaire (art. 945 à 951 du Code de Procédure), sauf s'il s'agit de marchandises faisant partie d'un fonds de commerce et destinées à être vendues au jour le jour. (Cass. 21 juil. 1873).

Or on peut supposer que le tuteur français vende à l'amiable, dans un pays où ces formalités sont inconnues, certains meubles corporels de son mineur; l'aliénation sera-t-elle valable ?

Au regard des tiers acquéreurs, cela dépendra beaucoup de la législation du pays en matière de translation de propriété mobilière. Le principe de l'art. 2279 y est-il admis? Le limite-t-on par la considération de bonne foi ou toute autre restriction? Il est évident que les tribunaux auront d'abord à se poser ces diverses questions, car il s'agit bien ici d'une règle d'ordre public, de statut réel au premier chef.

Mais pour donner de l'intérêt à cette difficulté, on peut supposer : 1° Ou bien que les acquéreurs ne sont pas protégés, par la législation du lieu de la vente, en vertu d'une règle plus ou moins analogue à notre article 2279. 2° Ou que la question s'agite entre le subrogé-tuteur et le tuteur, le premier prétendant que le second a dépassé ses pouvoirs, et tenant à faire constater ce point par les tribunaux, de façon à motiver plus fortement une demande en destitution.



Pour soutenir que la vente est valable, on pourra raisonner ainsi : l'autorisation du conseil de famille n'était pas nécessaire ; le tuteur était bien capable d'aliéner seul. Que lui reproche-t-on dès lors? D'avoir vendu sans observer certaines formes? Mais puisque ce sont des *formes*, elles dépendent de la loi du pays où la vente a eu lieu : « *Locus regit actum* ».

A notre sens il y a là une erreur. La règle *Locus regit actum* ne s'applique pas à toutes les formes, notamment à celles qui ont été établies dans l'intérêt exclusif des incapables. Nous serions donc porté à déclarer la non-validité de la vente. Mais nous allons retrouver dans un instant la même argumentation à propos de ventes d'immeubles, et c'est là que nous nous proposons de la discuter en détail.

Nous terminerons l'examen des actes que le tuteur peut faire seul par une considération générale.

C'est qu'en fait, le tuteur n'éprouvera guère de difficultés, de la part des tribunaux étrangers, dans l'accomplissement de cette partie de sa mission. Il agit seul, il n'a de complément de capacité à demander à personne ; rien, quand il s'agit d'actes de cette nature, n'éveille l'attention des autorités constituées du lieu où ils se passent. Quant aux procès qu'ils peuvent faire naître, ils seront de peu d'importance et surtout très-rares

ACTES POUR LESQUELS LE TUTEUR FRANÇAIS A BESOIN DE L'AUTORISATION DU CONSEIL DE FAMILLE.

Parmi les actes qui rentrent dans cette catégorie, il faut signaler en première ligne l'acceptation et la répudiation d'une succession.

Lorsque le mineur est successible, l'acceptation, aux termes de la loi française, ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire. La répudiation, d'autre part, est toujours expresse dans notre droit. Il en résulte que le tuteur, quel que soit le parti auquel il s'arrête, d'accord d'ailleurs avec le conseil de famille, devra toujours faire une déclaration au greffe du tribunal. Si la succession qui échoit au pupille a son lieu d'ouverture dans un pays où cette formalité n'est pas connue, le tuteur français accomplira les formalités correspondantes, et l'acceptation ou la répudiation manifestées conformément à la règle *Locus regit actum* seront incontestablement tenues pour valables par les tribunaux.

Mais une difficulté préalable peut se présenter, et nous l'avons fait pressentir. *Quid*, si le tuteur et le conseil de famille sont en désaccord, l'un tenant pour la répudiation, l'autre pour l'acceptation, ou *vice versâ* ? Quel tribunal sera compétent pour trancher le différent ?

Notre avis est que ce doit être le tribunal du siège de la tutelle, français par conséquent ; mais il est possible que la pratique fasse une distinction.

S'il s'agit d'une succession purement mobilière, il est douteux que notre solution soit contestée. Le tribunal du lieu d'ouverture de la succession n'a aucun titre à se déclarer compétent; car, soit qu'il envisage la difficulté comme soulevant une question de succession proprement dite, soit qu'il y trouve plutôt et plus exactement une question de tutelle, il n'y a pas à argumenter de la *lex loci*.

Si, au contraire, il s'agit d'une succession qui consiste surtout en immeubles, on aperçoit, je ne dis pas une raison de droit, mais au moins un prétexte d'attribuer la connaissance du débat au tribunal de la situation. On sait qu'en vertu d'une règle contestable, mais admise dans toute l'Europe — sauf en Italie — la succession aux immeubles est régie par la loi du lieu où ils sont placés. Nos tribunaux appliquent constamment ce principe, qu'ils prétendent tirer de l'art. 3 du Code civil, et un traité, intervenu en 1874 entre la France et la Russie porte textuellement: « La succession aux biens immo-« biliers sera régie par la loi du pays dans lequel les im-« meubles sont situés; et la connaissance de toute *de-« mande* ou *contestation* concernant les successions immo-« bilières appartiendra *exclusivement* aux tribunaux de « ce pays ». On peut donc très-bien supposer les faits suivants: succession immobilière échue à un mineur français en Russie — désaccord entre le tuteur et le conseil de famille relativement à l'acceptation — demande formée par le tuteur devant un tribunal russe à l'effet de passer outre à l'avis du conseil de famille — déclaration de compétence dudit tribunal, basée sur l'extrême géné-

ralité des termes du traité, et inspirée surtout par l'esprit de réalité et d'exclusivisme.

A notre avis, ce serait là une décision entièrement condamnable. En fait, il faut bien avouer que les juges les plus aptes à trancher un débat aussi inquiétant pour le pupille sont ses protecteurs naturels, ceux qui composent le tribunal français. En droit, il est incontestable que le traité de 1874 n'a pas eu en vue une telle hypothèse. Qu'en vertu de ce traité on accorde au tribunal de la situation pleine compétence pour trancher les question proprement dites de succession, celà va de soi. Par exemple, se présente-t-il un cas douteux, en matière de rapport, de réduction ou de partage, le juge territorial décidera. Mais ici il s'agit beaucoup moins de succession que de tutelle. La réalité du statut, déjà difficile à justifier quant à l'autre cas, apparaît ici comme étant tout-à-fait hors de saison. Il s'agit d'abord et surtout des intérêts du pupille, et c'est là un point qui n'a aucun contact avec l'ordre social, économique et politique du pays.

En pareil cas, le conseil de famille aurait la ressourcc de saisir le tribunal français, seul compétent, d'obtenir de lui, s'il y a lieu, une décision conforme à ses vues, et de demander l'*exequatur* de ce jugement en Russie. Mais il est certain que cet *exequatur* ne sera pas facilement accordé (à moins qu'une juridiction supérieure n'ait cassé la décision du tribunal russe), et, le plus souvent, le mineur ne trouvera la réparation du préjudice qui a pu lui être causé par une acceptation ou une répudiation maladroite que dans la destitution et la mise en jeu de la responsabilité de son tuteur.

Si nous renversons maintenant l'hypothèse, et que nous supposions un mineur étranger succèdant à des immeubles français, il est incontestable, en vertu des mêmes principes :

1° Que nos tribunaux n'auront pas à connaître du désaccord éventuel qui pourra survenir entre le conseil de famille et le tuteur relativement à l'acceptation.

2° Que la répudiation devra être faite conformément à l'art. 784, quelle que soit, sur ce point, la législation du mineur. Il s'agit ici d'une question de forme, qui n'intéresse guère que les tiers, et qui est de statut réel.

Mais le tuteur étranger pourrait-il accepter en France purement et simplement, si d'ailleurs la loi nationale du pupille l'y autorise? C'est notre avis. Outre que l'art. 461 n'est pas à l'abri de critiques de législation, il ne fait qu'édicter une disposition toute dans l'intérêt du mineur. Elle concerne donc son statut personnel, et ne devra être appliquée en Franee que si elle en fait partie. J'en conclus que le pupille devra subir vis-à-vis de tous créanciers, français ou étrangers, les conséquences que la loi française (1) attache à l'acceptation pure et simple, quelque dommageables qu'elles puissent être.

L'acceptation d'une donation offerte au pupille est également soumise à l'assentiment du conseil de famille : on en sait les motifs. Les difficultés qui pourraient s'élever à cet égard seront aisément aplanies par l'application des principes posés au cours de cette étude. Signalons seulement le caractère d'ordre public et de statut réel qui

(1) N'oublions pas, en effet, qu'il s'agit d'une succession immobilière.

appartient à notre art. 942 et à toute disposition étrangère correspondante. Un mineur, appartenant à une législation où la disposition de l'art. 942 n'existe pas, est donataire d'un immeuble en France. Si la transcription n'est pas faite en temps utile, il perd le bénéfice de la libéralité et n'a de recours à exercer que contre le personnel de sa tutelle, d'après les règles posées dans sa propre législation.

Nous n'avons rien de particulier à signaler relativement aux divers autres actes que le tuteur peut faire sous le seul assentiment du conseil de famille, et consistant à former une demande en partage, à intenter une action immobilière, etc. Quant à l'aliénation des meubles incorporels, créances, rentes, etc., observons que les dispositions de la loi de 1880 nous semblent être de statut purement personnel, et, par conséquent : 1° Cette loi recevra son application pour tous les mineurs français, leur portefeuille consistât-il uniquement en valeurs étrangères ; 2° Le tuteur d'un mineur étranger n'y serait pas soumis, lors même qu'il agirait de nos Rentes ou de valeurs françaises quelconques.

DES ACTES POUR LESQUELS LE TUTEUR A BESOIN DE L'AUTORISATION DU CONSEIL DE FAMILLE ET DE L'HOMOLOGATION DU TRIBUNAL.

En terminant l'examen des actes que, d'après notre droit, le tuteur peut accomplir seul, nous avons fait pressentir que les véritables difficultés se trouveraient dans l'étude

d'une autre catégorie, celle des actes graves, fertiles en conséquences, pour lesquels notre législateur exige un double contrôle, tels que l'aliénation de biens immobiliers et la constitution d'hypothèque.

On observera en effet : 1° Qu'il s'agit d'immeubles ; 2° Que l'autorité judiciaire doit intervenir. Deux raisons pour qu'il soit moins facile, et peut-être moins légitime, de réclamer la stricte application de la *lex tutelæ* et la compétence exclusive du tribunal de la patrie.

Nous nous occuperons d'abord — et presque exclusivement — de l'aliénation des immeubles.

Première question. — Si un mineur français a des biens immeubles à l'étranger, leur aliénation n'est-elle valable que si elle a lieu par les soins du tuteur, autorisé du conseil de famille, et après homologation du tribunal ?

Cela revient à demander si, quant aux conditions de fond et de capacité que doit présenter le tuteur pour aliéner valablement, c'est bien la *lex tutelæ* qui doit être suivie.

Ces conditions (autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal) sont appelées communément dans la doctrine *formalités habilitantes*. Le terme *habilitantes* me plaît davantage que celui de *formalités*, qui fait songer immédiatement à la règle *Locus regit actum*. Mais enfin, étant bien entendu qu'il s'agit ici d'éléments essentiels à la vente, et non de l'enveloppe extérieure qu'il convient de lui adapter, parlons des formalités habilitantes.

On peut s'attendre ici, après les explications que nous avons déjà données, à ce que les partisans du statut réel, représentés aujourd'hui par les jurisconsultes anglo-américains, fassent une vive opposition à l'application de la *lex tutelæ*. Il ne s'agit de rien moins, en effet, que de permettre à un *étranger* de pratiquer, conformément à une loi *étrangère*, l'aliénation d'un immeuble situé sur le territoire du pays. Le cas paraît si grave aux théoriciens et aux juges d'Angleterre qu'ils n'hésitent pas à revenir ici aux principes purs de la *common-law*. Pour eux la limite des concessions est atteinte. Nous croyons qu'un rapide exposé de la jurisprudence et de la doctrine anglaises, que nous avons annoncé au cours de ce travail, a ici sa place naturelle. Ecoutons Alexander (1), qui les résume :
« En ce qui concerne les tuteurs étrangers (Foreing
« guardian) la règle posée par la Chambre des lords dans
« la célèbre affaire du marquis de Ponte en 1861 est que
« le tuteur nommé par une Cour étrangère ne doit pas
« être considéré comme désigné ex *debito justitiæ* en
« qualité de tuteur d'un enfant étranger en Angleterre,
« mais que les Cours d'Angleterre doivent prendre cette
« nomination en considération et nommer le même tu-
« teur... On a aussi des doutes au sujet de l'autorité que
« peut exercer en Angleterre, tant sur la personne que
« sur les biens du mineur, un tuteur nommé par une loi
« ou par une justice étrangère. Il est constant que l'exis-
« tence d'un tel tuteur ou curateur n'empêche pas que la
« justice anglaise ne soit compétente pour en nommer

(1) Voir Journal de Droit intern. privé 1879. P. 521.

« un autre. Toutefois, quant à la personne, il est établi « maintenant que la justice anglaise ne nommera un « tuteur à un mineur étranger, ayant un tuteur en son « domicile, que dans le but de faciliter à ce dernier « l'exercice de son autorité, aussi longtemps qu'il ne se « rend pas coupable d'abus. Et quant aux biens, on est « d'accord pour permettre au tuteur du domicile d'inten- « ter des actions et de donner décharge pour les biens « meubles du mineur. Mais le principe de la *lex sitûs* em- « pêche que le tuteur étranger *puisse rien sur les immeu-* « *bles anglais de son mineur.* »

On le voit, cette doctrine, comme tous les systèmes de transition, (ou de concessions), est loin de présenter toute la netteté désirable, et nous serions assez embarrassé de prédire à un tuteur français, dont le pupille réside ou a des intérêts en Angleterre, le cas qu'on fera au juste de son titre et de son autorité. Mais enfin cette citation, qui fait revenir devant nos yeux une série d'idées développées antérieurement, nous montre que si, en fait, le tuteur dont nous parlons a chance de n'être pas trop mal traité par la *common law*, dans l'exercice des fonctions que nous avons déjà étudiées, ici, s'agissant d'une aliénation d'immeubles, il est sûr d'être écarté et la loi du pupille avec lui. Si, à toute rigueur, on l'a laissé jusqu'à présent percevoir le revenu de ces immeubles et y faire les réparations nécessaires, maintenant qu'il est question de les vendre, la tolérance prend fin, on nomme un autre *gardien* à sa place, et l'aliénation n'aura lieu que par le ministère de ce gardien, et conformément à la *lex sitûs*.

C'est donc à cette loi que la doctrine anglo-américaine

réserve l'indication des formalités dites *habilitantes*. Au contraire, les législations européennes, pour la plupart, et la grande majorité des auteurs reconnaissent qu'ici encore la *lex tutelæ*, pour des raisons qui nous sont déjà connues, doit exercer son empire. A la tête des jurisconsultes qui professent cette opinion, la seule conforme aux principes du Droit international, il faut placer les professeurs italiens Fiore et Esperson. « La règle *Locus regit ac-* « *tum* (1), dit ce dernier, ne s'applique pas aux formes « habilitantes, celles que le législateur établit relativement « à la capacité des personnes qui figurent dans un acte « juridique ; telles sont, par exemple, l'autorisation du « conseil de famille et l'homologation du tribunal néces- « saires pour la validité des actes du tuteur dans l'intérêt « du mineur. Les formes habilitantes sont une *dépendance* « *du statut personnel, de la capacité des personnes pour les-* « *quelles elles ont été établies.* Aussi la loi nationale exerce- « t-elle à leur sujet son empire (2). »

Fiore (3), dans une longue énumération qu il donne des faits et actes juridiques auxquels le tuteur devra procéder conformément à la loi nationale fait figurer l'aliénation de biens immobiliers. En Allemagne, ce sentiment est

(1) Remarquons bien que c'est au nom du statut réel que la doctrine anglaise réclame l'application de la *lex sitûs* ; mais on peut arriver aux mêmes résultats en prétendant que ces formes habilitantes ne sont, après tout, que des *formes*, et doivent par conséquent être régies par la loi du lieu où l'acte se passe. C'est à ce danger que je faisais allusion en préférant, pour l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, l'expression de *conditions de fond et de capacité*.

(2) Journal de Droit intern. privé, 1882, p 157.

(3) Droit inter. privé. P. 305.

partagé par Bar, Savigny, Bòhm (1). En Autriche, le jurisconsulte Unger et un petit nombre d'autres se rapprochent plus volontiers des errements de la *common law*. Suivant eux, quand un mineur a des immeubles sur le le sol de l'empire, l'autorité autrichienne doit les confier à un tuteur spécial, dont les pouvoirs sont déterminés par la loi autrichienne elle-même. Ils ont reçu un démenti de la propre jurisprudence de leur pays. Par un arrêt du 4 janvier 1870 (2), la Cour snprême de Vienne a décidé que les tribunaux autrichiens ne sont pas compétents pour autoriser l'aliénation d'immeubles situés dans leur ressort, mais appartenant à des mineurs ayant perdu la nationalité autrichienne. Cette décision ne saurait être trop louée. Non-seulement elle pose en principe que les formalités habilitantes relèvent du statut personnel ; mais encore elle constate que l'homologation du tribunal rentre précisément dans ces formalités habilitantes, et doit être donnée dans la patrie. Nous allons voir, en effet, que cette deuxième solution n'a pas été admise par tous les jurisconsultes qui sont d'accord sur la première.

Deuxième question. — Quel est le tribunal qui doit donner l'homologation ?

Sur ce point, plusieurs jurisconsultes ont un système par lequel ils espèrent peut-être concilier les prétentions rivales des deux statuts, mais qui aboutit, en définitive, au sacrifice des principes, et, cela va de soi, des véritables

(1) Cités par M. Chavegrin. Revue critique, 1883, p. 579, note 2.
(2) Journal de Droit intern. privé, 1876. P. 53.

intérêts du mineur. Ils admettent volontiers que le tuteur sera soumis, quant à l'aliénation des immeubles, aux conditions de fond et de capacité qu'exige la loi de la tutelle : c'est-à-dire que si cette loi, comme en France, prescrit, outre l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal, une vente de biens de mineurs, faite sous le seul agrément du conseil, serait nulle. Mais si, dans ce cas, le tribunal doit interveuir, les principes n'imposent pas, à leur sens, que ce soit celui de la patrie. Ils seraient plutôt portés à demander l'homologation au tribunal de la situation des biens. Cette théorie singulière a été mise en avant par le tribunal de Verviers (21 déc. 1876) (1) qui distingue entre l'avis des parents et l'homologation, laquelle est, suivant lui, *comme un acte d'exécution*. — Le caractère vague et insaisissable de cette formule la met à l'abri d'une réfutation directe, mais il en résulte aussi que l'opinion du tribunal de Verviers n'est assise sur aucune base. L'homologation du tribunal ne peut être considérée que comme un contrôle supérieur apporté à la gestion du tuteur. Elle a donc un rapport direct avec cette gestion et ne saurait, sous peine d'*inelegantia juris*, être attribuée à des juges d'une nationalité différente de celle de la *lex tutelæ* elle-même. Mais il y a mieux : ne s'agit-il pas, avant tout, de mettre un mineur à l'abri d'une aliénation inopportune ? Tout le monde en convient. Mais quels sont les juges naturels, tout indiqués, de cette opportunité ? Ce sont ceux qui, placés au siège de la tutelle, connaissent le mieux l'état des forces actives et passives

(1) Journal de Droit intern. privé. 1878, p. 520.

du patrimoine, qui, sachant les besoins du mineur, peuvent régler leur décision sur cet élément déterminant en la matière. On objectera que si le juge de la patrie est plus au courant des considérations *personnelles*, celui de la situation est mieux placé pour examiner le côté réel de l'opération, pour décider, par exemple, si l'état actuel de la propriété foncière dans le pays ne doit pas être cause que l'aliénation se fera moyennant un prix dérisoire; pour estimer si la vente n'aurait pas lieu plus tard dans des conditions meilleures ? La réponse nous paraît simple. C'est qu'il est plus facile au tribunal de la tutelle de connaître exactement l'état de la propriété et la condition actuelle des transactions immobilières dans tel pays, qu'au tribunal de la situation de pénétrer dans l'intérieur d'une tutelle dont probablement il n'a jamais entendu parler, et de décider au mieux des intérêts d'un mineur qu'il ne connaît pas. On ne comprendrait pas, du reste, que la décision d'une assemblée de parents fût soumise à un tribunal autre que celui de la circonscription où elle a été prise. Celà est subversif des règles de la compétence.

Du reste, ces points ont été reconnus par une autre juridiction belge (Arrêt de la Cour de Liège, 22 nov. 1864 et de la même Cour 5 janv. 1867) (1), et M. Laurent n'hésite pas à leur donner son approbation (2).

Au point où nous en sommes arrivés, il n'est plus douteux : 1° Que les formalités dites habilitantes dépendent de

(1) Nous ne citons pas ces arrêts, parce que, sur la troisième question que nous allons examiner, nous sommes obligé de nous séparer de la doctrine qu'ils consacrent.

(2) Laurent. Droit civ. intern. Tome VI, page 219.

la *lex tutelæ* ; 2° Que le tribunal qui doit homologuer est bien celui du siège de la tutelle. Cela signifie-t-il, du reste, que le tuteur pourra procéder à la vente, en territoire étranger, sur la seule présentation du jugement ? Ce jugement, en effet, doit être exécuté, et son exécution c'est la vente elle-même. Or il est du droit public de toutes les nations que, sur leur sol, une décision émanant d'une juridiction étrangère n'a force exécutoire que par l'*exequatur*. C'est là une satisfaction et une garantie légitime données au principe de souveraineté. Aussi le tuteur devra se pourvoir de cet *exequatur*. Du reste, une tradition constante veut qu'il soit donné sans révision du fond, « Il s'agit en effet d'une décision se rattachant générale-« ment à la juridiction gracieuse, et, en tout cas, concer-« nant l'état et la capacité de la personne. Par suite « cette décision a pleine force probante même hors du ter-« ritoire d'où elle vient, et ne manque que de la force exé-« cutoire (Revue critique. *loc. cit.*, p. 583).

TROISIÈME QUESTION. — Quelle loi régit les formalités proprement dites de la vente ?

Si nous nous mettons maintenant en présence d'un tuteur bien et dûment autorisé, si nous supposons, en d'autres termes, que son habilitation n'a donné lieu à aucun conflit, ou que ce conflit a été définitivement tranché, il ne reste plus qu'une chose à faire : la vente.

Notre Code, qui a prétendu entourer le mineur de toutes les protections, et qui a peut être dépassé son but, veut que cette opération soit faite publiquement (art. 459 C. C, 955 et suiv. C. Pr.) et aux enchères. Il s'ensuit qu'en

France les ventes de biens de mineurs sont remarquablement onéreuses, et d'autres législations, sans cesser d'entourer l'incapable de toute leur sollicitude, ont su éviter cet écueil. La Belgique a réalisé cette réforme dès 1816. Mais ici se pose une question très-grave. Les formes de la vente, telles qu'elles sont déterminées par la loi française, doivent-elles être suivies relativement à des immeubles étrangers, quand bien même la loi de la situation en prescrirait d'autres, ou n'en prescrirait pas du tout — et réciproquement, une vente d'immeubles français, appartenant à un mineur étranger, ne pourra-t-elle s'opérer en France que conformément aux dispositions des art. 459 C. C. et 955 C. Pr., si d'ailleurs la loi nationale contient des dispositions différentes ?

Les auteurs sont très-divisés sur cette question. Pour l'étudier avec clarté, nous commencerons par exposer notre système, sauf à discuter ensuite les opinions dissidentes et à donner quelques indications relatives à la jurisprudence.

Il nous semble, avec M. Laurent, (1) que le mieux est de rechercher d'abord quel mobile a inspiré le législateur quand il a édicté ces formes. Ici, nous retrouvons encore l'intérêt du mineur. Il est impossible d'assigner un autre but aux dispositions précitées du Code civil et à celles qui leur correspondent dans les législations étrangères.

Mais l'intérêt du mineur est réglé par sa loi nationale : c'est donc encore cette loi qu'il faudra suivre.

(1) Voir sur cette intéressante question les développements qu'y consacre M. Laurent, au tome VI de son *Droit civil international* P. 215 et suiv.

Il est un cas où elle sera d'une application facile : c'est lorsque l'aliénation aura lieu dans le pays de la tutelle, les biens étant situés ailleurs. Dans notre hypothèse, tout se passera alors comme s'il s'agissait d'immeubles français, sauf à l'acquéreur à se conformer, quant aux dispositions de statut réel qui concernent la publicité des transactions immobilières, à la loi de la situation des biens. Si donc nous supposons un immeuble situé en Italie, la vente ayant lieu en France, on n'aura qu'à observer les formalités des art. 954 et suivants de notre Code de procédure. Mais il est bien entendu que l'acquéreur, Français ou étranger, devra, pour être considéré comme propriétaire en Italie, remplir les formalités de transcription telles qu'elles résultent des lois du pays.

Il est une autre hypothèse qui ne soulève pas non plus de difficulté sérieuse. C'est celle où la loi nationale ne peut pas s'appliquer, non en vertu d'un obstacle de droit — il n'en existe pas — mais par la force même des choses. Ce cas se présentera si l'immeuble du mineur français est situé dans un pays où l'on ne peut pas obtenir des tribunaux leur intervention en matière de vente d'immeubles, parce que la loi du pays ne leur accorde aucune compétence de ce genre. Si un tuteur français se heurte à une difficulté semblable, que lui restera-t il à faire ? Nous ne croyons pas que, sous le seul prétexte d'impossibilité de remplir les formalités françaises, il puisse procéder à une vente amiable, de la main à la main. Il doit exister, il existe dans tout pays civilisé des formes d'adjudication, de ventes publiques, auxquelles il devra recourir. Leur usage constituera toujours pour le mineur une garantie que la cession amiable ne comporte pas.

Mais l'hypothèse la plus délicate peut s'analyser ainsi : Les autorisations ont été régulièrement données au siège de la tutelle; la vente doit avoir lieu dans le pays de la situation; les lois de ce pays consacrent la théorie de la vente en justice des biens de mineurs, mais il se trouve précisément que la législation du pupille autorise le tuteur, soit à vendre avec des formalités moins compliquées, soit même à traiter à l'amiable. S'il le fait, la vente sera-t-elle régulière ?

Le principe que nous avons posé plus haut résout affirmativement la question. Mais la jurisprudence refuse de l'appliquer et prétend que la loi de la situation est prépondérante et s'impose en la matière. Ainsi le décide un arrêt de la Cour de Liège, (22 nov. 1864) déjà cité. Dans l'espèce, les biens étaient situés dans les Pays-Bas, le mineur était belge. D'après l'arrêt, les tribunaux de Belgique sont compétents pour autoriser la vente, mais ils doivent, en l'autorisant, renvoyer aux tribunaux étrangers pour qu'il y soit procédé d'après les formalités de la loi territoriale, parce que ces formalités sont *d'ordre public* et tiennent aux principes du *statut réel*. M. Laurent (1) répond avec beaucoup de raison : « Pourquoi le « législateur prescrit-il, pour la vente des biens apparte- « nant à des mineurs, des formes particulières ? Ce n'est « certes pas par une considération tirée de la nature des « biens. Les immeubles des mineurs ne diffèrent pas des « immeubles possédés par des majeurs. Si la vente des « uns est soumise à des formes spéciales, ce doit être à

(1) Dr. civ. int. T. VI. p. 218.

« raison de leur incapacité. Et celà est d'évidence; le « motif de la loi étant étranger au statut réel, il faut « l'écarter. »

Un autre arrêt, émané de la même juridiction belge, aboutit aux mêmes conclusions, en s'appuyant sur des motifs différents. Ici, il n'est plus question d'appliquer le statut réel, d'exécuter une loi d'ordre public ; on convient que l'ordre public n'est pas en jeu. Et cependant c'est la loi territoriale qu'il faudra suivre. Ecoutons l'arrêt : « La « loi qui fixe le mode de vente des immeubles apparte- « nant en tout ou partie à des mineurs, ayant pour but « principal la protection de ces derniers, constitue, par « les formalités habilitantes qu'elle prescrit, un statut « personnel, et non pas un statut réel, dont le caractère « distinctif est d'avoir pour objet direct et prédominant « les immeubles eux-mêmes. Quant aux formalités *pro-* « *bantes* et *intrinsèques* (?) il faut appliquer la règle *Locus* « *regit actum* » (1).

Sans nous arrêter à discuter le terme *formalité intrinsèque*, qui est vicieux, et qui cause plus d'une confusion dans l'application de la règle *Locus regit actum*, nous laissons encore une fois la parole à M. Laurent : « Il faut « écarter le système qui assimile les formes de la vente « aux formes de procédure. Il est vrai que, d'après le « Code Napoléon, la vente se faisait en justice, mais l'in- « tervention des tribunaux n'était pas un acte de juri- « diction contentieuse. C'était un acte de juridiction

(1) Cour de Liège, 5 janv. 1867. Cet arrêt est cité et critiqué par M. Laurent. (*Loc. cit.*)

« volontaire, c'est-à-dire une protection assurée aux inca-
« pables ; le législateur croyait que les formes solen-
« nelles d'une vente judiciaire étaient les plus propres à
« sauvegarder les intérêts des mineurs. Il s'est trompé.
« D'après la loi du 12 juin 1816 (1) la vente se fera par le
« ministère d'un notaire : seulement le juge de paix y
« intervient, et la vente doit se faire aux enchères et en
« présence du tuteur. Ce sont des formes plus simples,
« qui dépendent de la juridiction gracieuse. Il n'y a donc
« pas lieu d'appliquer la règle que l'on suit pour la pro-
« cédure, à savoir la loi du pays où le procès a lieu, car
« il n'y a pas de procès. Si la loi prescrit certaines for-
« mes, c'est pour protéger les incapables. »

En résumé, les formes mêmes de la vente ne constituent ni un statut réel, ni une procédure. C'est encore ici le cas d'appliquer la *lex tutelæ*.

On reprochera peut-être à M. Laurent, comme à ceux qui suivent son opinion, de revenir constamment sur la même idée, et de prétendre fermer la bouche à la contradiction en arguant toujours de l'intérêt du mineur. Ce serait interdire le droit de remonter aux causes et d'examiner une institution juridique par les motifs qui l'ont inspirée. Toutes les fois qu'on suppose un conflit de lois, il faut bien, pour le trancher, faire appel à un droit, et ce droit c'est quelque juste intérêt consacré par la loi positive ou par des principes supérieurs. Pendant longtemps le seul intérêt qu'on ait envisagé est celui de l'Etat : c'est le réalisme pur, si longtemps et si bien défendu qu'aujour-

(1) N'oublions pas que M. Laurent parle d'une loi belge.

d'hui encore il a son école. Depuis on tient compte, dans une large mesure, du statut personnel des individus, intérêt si légitime, que, par un accord au moins taeite de la doctrine et de la jurisprudence, on l'a élevé au rang d'un droit. Tout le droit international consiste à contenir ces deux prétentions, celle de la puissance souveraine qui voudrait tout régir, personnes, choses, actes juridiques ayant un contact, même passager, avec elle; et celle du statut personnel de l'individu, qu'il entend porter avec lui, qui fait, pour ainsi dire, partie de son bagage, et dont il réclame l'application au nom des idées d'indépendance personnelle, plus favorables aujourd'hui que les principes à caractère réel et absolu.

Dans l'institution de la tutelle, l'intérêt du mineur ne cesse d'apparaître au premier plan : voilà pourquoi nous avons constamment réclamé l'application de son propre statut, au point de faire de la solution et de son motif des répétitions presque fatiguantes. Pour éviter de telles redites, nous n'étudierons pas les divers actes pour lesquels la loi française exige, outre l'autorisation du conseil, l'homologation du tribunal : emprunt, transaction, constitution d'hypothèque, aliénation de valeurs mobilières dans certains cas.

Il nous semble que les règles précédemment exposées suffiront à la solution des difficultés qui pourraient se produire à cet égard. C'est aussi la raison pour laquelle nous passons si rapidement sur les sections suivantes.

DES OBLIGATIONS DU TUTEUR

Il est logique que les obligations du tuteur dépendent de la même loi que ses pouvoirs. C'est donc la *lex tutelæ* qui décide : 1° dans quel délai il doit dresser l'inventaire ; 2° comment il doit faire l'emploi des économies ; 3° s'il doit présenter des comptes ou états au cours de la gestion, en quel nombre et en quel forme ; 4° enfin, si, en raison des services qu'il rend au mineur, le tuteur doit recevoir des honoraires. Il est presque de principe que cette charge, souvent si embarrassante, doit être gratuite, et rien n'est plus conforme à la haute portée morale de l'institution que nous examinons. Cependant, s'il est telle législation à caractère plus pratique qui attribue un traitement au tuteur, il faudra bien l'observer tout comme une autre (1).

DES CAUSES QUI FONT CESSER LA TUTELLE ET DES COMPTES QUE DOIT RENDRE LE TUTEUR

La même loi détermine encore la durée des fonctions tutélaires, après en avoir marqué les limites. Les conflits

(1) L'art. 34 de la loi prussienne de 1875 sur les tutelles dispose que des honoraires peuvent être accordés au tuteur, soit par la personne à qui le mineur succède, soit par le tribunal tutélaire, lequel ne prend cette mesure que pour une administration très-étendue et après avis du subrogé tuteur, dont les fonctions sont toujours gratuites. (Revue critique 1883. P. 583).

qui pourraient surgir à cet endroit seront facilement tranchés, soit à l'aide des explications fournies au chapitre qui traite de l'ouverture de la tutelle, soit par les principes disséminés au cours de cette étude. Quant aux comptes de tutelle (1), qui ne sont que les conséquences et le résumé de la gestion, ils appartiennent au même statut. « C'est ainsi que se résout le conflit des lois relatifs « à ce compte, aux traités qui le concernent et à la pres- « cription des demandes qui tendent soit à l'obtenir, soit « à le faire rectifier (2) ».

Reste une question, celle des sûretés réelles ou personnelles qui garantissent l'exécution des obligations du tuteur, et mettent le pupille à l'abri d'une ruine totale ou partielle que pourrait engendrer une administration soit maladroite, soit malhonnête.

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR

Les garanties qui s'appliquent aux obligations du tuteur (cautionnement, nantissement, hypothèque, privilège)

(1) Remarquons, dit Fiore, que la reddition des comptes, quand l'administration a cessé, doit être faite selon la même loi, quand bien même il aurait été nommé un protuteur pour l'administration des biens existant en pays étranger. Il est vrai, que, selon le droit romain, le tuteur, le curateur, le gérant d'affaires doivent rendre le compte dans le lieu où ils ont administré « *Eum qui aliena negotia sive ex tutelâ, sive ex quocumque alio titulo administravit, ubi hæc gerit rationem oportet reddere.* » Mais ce principe est applicable à ceux qui administrent dans le royaume, non en territoire étranger. (Dr. int. privé. Livre 1er. Ch. XII).

(2) Revue critique, 1883. P. 587.

doivent, en principe, être régies par la loi de la tutelle. Toutefois des difficultés peuvent se produire à propos des sûretés réelles et particulièrement de l'hypothèque légale (1).

Quelque tendance que nous ayons manifestée au cours de cette étude pour l'extension de la personnalité des lois, nous ne pouvons nous empêcher ici de faire une part prédominante au statut réel. Il est clair que le régime hypothécaire se lie très-étroitement au système économique d'un pays, et qu'il n'y a pas d'exagération à dire qu'il met l'ordre public en cause. Nous considérons donc comme étant hors de doute la proposition suivante : « *Le* « *mineur ne pourra jamais prétendre à l'hypothèque légale* « *sur les immeubles que peut avoir son tuteur dans un pays* « *où cette sûreté n'est pas accordée aux pupilles.* (2) »

De cette idée on peut faire sortir deux corollaires :

1° La *lex sitûs*, quand elle admet cette garantie, doit être strictement observée en ce qui concerne le *genre de biens* sur lesquels peut porter l'hypothèque (3).

2° Elle seule règle aussi les conditions auxquelles l'hypothèque légale est soumise : ainsi un pupille fran-

(1) Nous étudierons très-sommairement cette question, d'abord parce qu'elle n'est pas absolument propre à notre matière, et qu'elle semble concerner aussi bien une femme mariée qu'un mineur — ensuite parce qu'elle a été agitée au point de devenir banale.

(2) L'art. 32 de la loi prussienne de 1875 dispose : « La tutelle ne crée pas de « droit de gage ou d'hypothèque sur les biens du tuteur, ni de titre à pareil « droit. »

(3) Ainsi un mineur étranger ne pourrait pas prétendre à l'hypothèque légale sur un navire français, quand même sa loi nationale l'y autoriserait, parce que notre loi de 1874 n'admet, pour les navires, que l'hypothèque conventionnelle.

çais ne jouira pas du bénéfice de notre législation dans un pays où l'hypothèque, même celle du mineur, est soumise rigoureusement à la double condition de la spécialité et de la publicité (1).

Voilà, je crois, des points incontestables. Reste à faire connaître ceux sur lesquels peut porter la controverse.

Puisque le statut de l'hypothèque est bien réel, faut-il entendre cette réalité dans le sens absolument général qu'on donne aux lois criminelles ou de police. Faut-il dire, par conséquent, que dans un pays où l'hypothèque légale des mineurs existe, tout immeuble, par le seul fait qu'il appartient à un tuteur, et quelle que soit la nationalité du pupille, est frappé de cette hypothèque?

Pour prendre une espèce, un mineur prussien aura-t-il l'hypothèque légale sur les immeubles français de son tuteur?

C'est là une opinion assez ancienne. Prenons-la dans un auteur estimé, Merlin. Il ne s'occupe pas, à la vérité, des pupilles, mais la solution qu'il donne, et qui est relative aux femmes mariées, doit incontestablement leur être étendue. Il critique (2) un arrêt de la cour de Namur, dont voici le principal considérant : « Attendu que la loi française qui accorde aux femmes « mariées une hypothèque sur les biens de leur mari est « un statut réel, qui ne régit que les biens situés en « France ; que, si une loi semblable existe en ce royaume, « l'effet en est également restreint aux biens situés sur

(1) La loi italienne (art. 1965, 1969, 1983, 1992) décide que les hypothèques, même légales, ne sont ni générales, ni occultes.

(2) V. Remploi, Sect. 2, § 9.

« son territoire; mais qu'il ne suit aucunement de cette « conformité de législation dans les deux Etats que les « sujets de l'un puissent exercer le droit d'hypothèque sur « des biens situés dans l'autre, par la raison que c'est là « un droit civil et qu'aux termes des lois en vigueur dans « les deux pays, l'étranger n'y jouit que des mêmes droits « civils que ceux qui sont accordés aux indigènes par les « traités de la nation à laquelle cet étranger appartient (1)» (16 mai 1823) — et son motif, c'est que le droit d'hypothèque légale étant un statut réel, peut être invoqué par les femmes étrangères, ni plus ni moins que par les régnicoles. Et il développe son idée en disant : « L'hypothè- « que n'est pas moins que la légitimité de ses enfants « un effet civil du mariage qu'elle a contracté..... » « C'est ainsi qu'avant le Code civil, le mariage con- « tracté en France par deux personnes étrangères con- « férait à la femme, ni plus ni moins que si elle eût été « régnicole, le droit de prendre, sur les biens de son mari, « le gain nuptial connu sous le nom de douair coutu- « mier (2) ».

MM. Troplong (Priv. et hyp. n° 429) et Pont (Priv. et hyp. n° 489) sont de cet avis. En deux mots, voici la raison qui nous le fait rejeter :

Que l'ordre public d'un Etat soit intéressé à refuser à un mineur étranger une hypothèque légale qu'il n'ac-

(1) Nous allons retrouver cette opinion dans un instant.

(2) On ne sait trop si Merlin donne pour condition essentielle à sa décision que le mariage des époux ait été contracté en France ? — Dans tous les cas il ne suppose pas que le statut personnel de la femme admette l'hypothèque légale, et c'est ce que nous trouvons à reprendre dans sa décision.

corde pas aux mineurs ses nationaux, c'est un point facile à saisir. Si l'hypothèque rend des services, elle a aussi ses dangers. Conventionnelle ou légale, elle s'attaque à l'élément stable du pays, qui est la propriété foncière, au profit des éléments instables. On conçoit très-bien qu'un législateur, voyant là le germe d'un péril social, ne permette qu'à la volonté expresse de l'homme de faire naître des hypothèques, et n'ajoute pas au nombre des biens grevés par des dispositions impératives.

Mais que le même ordre public soit intéressé à ce que l'hypothèque légale constitue un avantage *imposé* aux mineurs de tous pays, parce qu'il l'est aux mineurs nationaux, c'est ce que je ne puis comprendre. Envisagée du côté du pupille, l'hypothèque n'a pas d'autre caractère que celui d'une garantie. Or, qui est chargé, d'une manière générale, de garantir les pupilles de telle nation contre les conséquences d'une gestion désavantageuse ? C'est le législateur de cette nation-là, c'est la *lex tutelæ*. Dans l'espèce, pourquoi veut-on que le mineur prussien ait une hypothèque sur des immeubles français ? Est-ce au nom des intérêts supérieurs de la France? Il me semble qu'ils sont tout contraires ! Est-ce au nom du mineur? Mais la France n'a pas à le protéger, du moment qu'il est sous l'égide d'une autre loi! — Pratiquement on arrive à des conséquences iniques; car le tuteur, qu'il ne faut pourtant pas maltraiter, et celà dans l'intérêt même du pupille, verra cumuler contre lui deux ordres de sûretés: celles qui résultent de la loi du mineur et celles qui sont consacrées par la loi de la situation de ses biens. Il ne manquerait plus qu'on y ajoutât, par une application vicieuse du

statut personnel, celles qui résultent de sa loi propre, s'il est d'autre nationalité que son pupille, et véritablement sa situation serait intolérable.

La conclusion qui sort de cette discussion, combinée avec les principes posés au début, est assez nette : c'est qu'à notre avis, pour qu'un mineur étranger puisse invoquer chez nous l'hypothèque légale, ou *vice versâ*, il faut que la *lex tutelæ* concorde, sur ce point, avec celle de la situation des biens.

Il semble qu'une telle solution a pour elle la logique et l'équité, et pourtant il faut constater qu'elle n'est admise ni par la majorité des auteurs, ni par la jurisprudence française (1).

On lui oppose, en France, la règle de l'art. 11, entendue, celà va de soi, comme la Cour de cassation l'a interprétée. Cette manière de voir est en absolue conformité avec l'arrêt de la Cour de Namur que nous citions il y a un instant, et elle repose sur une notion des droits civils que nous avons suffisamment critiquée au cours de cette étude (2).

Pourtant, si notre jurisprudence part de ce principe inacceptable, suivant nous, que les droits civils (dont fait

(1) Disons pourtant qu'elle triomphe soit dans la doctrine (Esperson, Fiore), soit dans la jurisprudence italienne (voir Journal de Droit international, 1878. P. 56). — La loi belge du 16 décembre 1851 la consacre formellement « Art. « 2. Le mineur étranger, quand même la tutelle aurait été déférée en pays « étranger, aura hypothèque légale sur les biens de son tuteur situés en Bel- « gique ».

(2) Nous n'avons jamais discuté l'art. 11 lui-même, et nous ne croyons pas devoir le faire ici. Seulement, étant donnée l'idée très-large que nous avons pu nous faire du Droit des gens (par opposition au *Droit civil*), on conçoit que nous ne puissions nous ranger à l'interprétation très-étroite de la Cour.

partie l'hypothèque légale) sont refusés aux étrangers, elle le tempère par des exceptions qu'il importe de faire connaître.

Elle accorde au mineur étranger l'hypothèque légale sur les immeubles français de son tuteur (en supposant, bien entendu, que le statut personnel de l'incapable l'admette aussi), dans les cas suivants :

1° Quand il a en France son domicile et qu'il est à ce autorisé par le chef de l'Etat. C'est la conséquence logique de la théorie qu'on s'est faite sur l'art. 11. Car, aux termes de notre art. 13, il se trouve dans les conditions exigées pour jouir des droits civils (1).

2° Quand une convention diplomatique est intervenue entre la France et le pays du pupille. C'est une décision puisée au texte même de l'art. 11 (2).

Mais quels sont les pays avec lesquels nous avons des conventions de ce genre?

La Cour de cassation a jugé (à propos de l'hypothèque légale de la femme) que nous en avons une avec l'Italie (arrêt du 5 mai 1878). Elle se fonde sur le traité du 24 mars 1760, accordant aux sujets de chacune de ces deux nations la faculté d'acquérir des hypothèques conventionnelles, légales ou judiciaires, sur les immeubles dépen-

(1) Pour Fiore, l'hypothèque légale n'est pas une faveur de la loi, mais le résultat d'une convention tacite. Or l'hypothèque est un accessoire de l'obligation personnelle dont elle garantit l'exécution. — Donc l'hypothèque attachée par la loi à une obligation personnelle doit produire son effet partout, comme si elle avait été expressément stipulée.

(2) C'est également l'opinion que Rocco propose en thèse générale. Pour lui l'hypothèque légale de la femme mariée (et celle du mineur) est soumise à trois conditions : que cette hypothèque résulte de la loi de la femme et de la *lex sitûs* — qu'il y ait un traité. Tel est aussi l'avis de Fœlix.



dant du territoire de l'autre nation. Elle admet en outre deux points 1° Que l'hypothèque légale de la femme ne date que du jour de l'annexion de la Toscane aux Etats-Sardes et du comté de Nice à la France (Evidemment cette décision n'a plus d'intérêt pour les mineurs). 2° Que la loi française dispensant la femme d'inscription, elle n'en aura pas besoin, dans l'espèce, bien que son statut personnel lui en impose une (1).

Il est évident que la Cour appliquerait la même solution aux mineurs.

Le tribunal de la Seine, par un jugement du 9 juillet 1878 (2) a également décidé que nous avons un traité de ce genre avec la Suisse. Cette décision a été rendue sous l'empire du traité de 1864. Celui de 1882 est de nature à confirmer cette jurisprudence, au moins s'il s'agit de mineurs suisses dont la législation cantonale reconnaît l'hypothèque légale au profit des mineurs français.

3° Quand il s'agit d'un mineur né en France d'un étranger, qui, dans l'année de sa majorité, a réclamé la qualité de Français (art. 9 C. C.). La jurisprudence admettant que sa réclamation a un effet rétroactif en thèse générale (3), il s'ensuit qu'il doit être traité comme ayant toujours été Français; il pourra donc poursuivre le paiement

(1) C'est une conséquence logique du principe que l'hypothèque a surtout le caractère d'un statut réel — et la contre-partie légitime de l'opinion que nous avons émise, en disant que le mineur français devrait, en Italie, se conformer à la double condition de publicité et de spécialité.

(2) Journal de Droit international privé 1879, p. 392.

(3) Voir pourtant plus loin un jugement du tribunal de la Seine du 12 juillet 1883.

des créances nées de la tutelle avec le bénéfice de l'hypothèque légale.

4° Quand, par suite des circonstances, la tutelle a été organisée en France, et de provisoire est devenue définitive. C'est ce qu'a jugé la cour de Bourges (4 août 1874). « Attendu que si la tutelle de la mineure Sokolowski « doit être régie par la loi française, il en résulte, comme « conséquence nécessaire, que la tutrice doit être assu- « jettie à l'hypothèque légale, condition absolue et obli- « gatoire de toute tutelle en France » (1).

En dehors de ces quatre exceptions, qui, nous nous plaisons à le reconnaître, constituent avec la règle un ensemble assez rigoureux et assez logique, la jurisprudence française n'admet pas les mineurs étrangers au bénéfice de l'hypothèque légale. Si nous la prenons dans une de ses expressions les plus récentes (Jugement du trib. civil de la Seine, 12 juill. 1883), nous nous trouvons en présence des assertions suivantes :

1° L'hypothèque légale est un statut personnel, en même temps qu'un droit civil réservé aux seuls mineurs français.

2° En l'absence de traité, un mineur étranger ne saurait prétendre d'hypothèque légale sur les biens de son tuteur situés en France.

3° Que s'il s'agit d'un mineur qui pourrait réclamer la qualité de Français dans l'année de sa majorité, cette réclamation ne saurait avoir d'effet rétroactif — (Nous

(1) Sirey. 75. 2. 69.

savons que cette décision n'est pas en conformité avec les précédents de la jurisprudence.)

En commençant ce modeste travail, nous n'avions pas la prétention de résoudre tous les conflits que peut soulever la tutelle en Droit international, ni même l'assurance de mettre toujours la main sur les principaux. C'est ce qui explique pourquoi nous avons donné à l'exposé des principes et à la théorie pure des développements peut-être exagérés. Du reste, les quelques aperçus que nous avons pu fournir sur la jurisprudence et les législations étrangères montrent assez que, s'il y a encore des dissidences, du moins des progrès sérieux ont été réalisés, grâce à la persistance avec laquelle les maîtres du Droit international ont réclamé l'application du statut personnel à notre matière. C'est donc couvert par d'illustres exemples que nous nous sommes permis de faire une étude de principes, d'un travail qui aurait pu n'avoir trait qu'à la législation comparée.

POSITIONS

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. La saisine dont parle le Code civil n'a pas d'autre effet que d'empêcher l'interruption des rapports de droit actifs et passifs entre le patrimoine du *de cujus* et les tiers.

II. Le créancier d'une obligation de ne pas faire peut en exiger l'exécution *etiam manu militari*.

III. L'autorisation du conseil de famille n'est pas nécessaire au père administrateur légal comme elle l'est au tuteur pour l'accomplissement de certains actes juridiques.

IV. La donation faite par un père à son enfant adultérin dont la filiation n'est pas légalement constante, est valable, quand même cette filiation serait mentionnée dans l'acte, comme motif de la donation.



DROIT ROMAIN

I. Les causes qui ont fait admettre la pluralité de tuteurs tiennent aux caractères propres de la tutelle romaine et ne sauraient plus être invoquées de nos jours.

II. La compétence des magistrats, en matière de nomination de tuteurs, est déterminée par la situation des biens de l'impubère.

III. L'action utile dont parle la loi 1 § 13 *de Tutelæ et rationibus* ne confère pas au co-tuteur condamné en vertu de l'action *directa tutelæ* les mêmes droits que le bénéfice *cedendarum actionum*.

IV. Un tuteur nommé en raison de la connaissance personnelle qu'il a des affaires du pupille (*propter rerum notitiam*) n'était pas nécessairement étranger à l'administration des biens.

V. Le *concubinatus* n'est qu'une union de fait, dépourvue de tout caractère légal.

VI. La femme *in manu* peut s'obliger civilement.

VII. A aucune époque du Droit romain les féciaux ne se sont confondus avec les récupérateurs.

VIII. Le mariage contracté entre sénateurs et personnes de condition vile, au mépris des lois Julia et Pappia Poppœa, est nul dès cette époque.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. La tutelle ne constitue ni un droit civil, ni une charge publique.

II. Le terme *munus publicum* date d'une époque où la tutelle n'était pas organisée dans l'intérêt des incapables, et ne saurait convenir qu'à la tutelle de cette époque-là.

III. La loi qui doit dominer la tutelle en droit international est la loi nationale du mineur.

IV. Le statut de la puissance paternelle est le même que celui de la tutelle.

V. Un mineur français ayant des biens en pays étranger, il n'y a pas lieu de les confier à un protuteur indépendant, comme celui dont parle l'art. 417.

VI. Pour qu'un mineur français jouisse d'une hypothèque légale sur les immeubles que son tuteur possède à l'étranger, il faut et il suffit que l'hypothèque légale des mineurs soit admise par la loi du lieu où sont situés les immeubles.

VII. La règle *Locus regit actum*, en tant qu'elle s'applique aux actes sous seing privé, n'a pas le caractère obligatoire.

VIII. La convention en vertu de laquelle des individus

auraient formé une société à l'effet de pratiquer la contrebande en pays étranger doit être déclarée nulle, même par les tribunaux français.

DROIT CRIMINEL

I. Dans le conflit des lois anciennes et des lois nouvelles concernant la prescription pénale, c'est toujours à la loi nouvelle qu'il convient de donner la préférence.

II. L'amende n'a jamais le caractère de réparation civile, même en ce qui concerne certaines matières fiscales.

Vu par le Président de la thèse,
ALBERT DESJARDINS.

Vu, et permis d'imprimer,
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

TABLE DES MATIÈRES

Des cas où un pupille romain a plusieurs tuteurs, et des règles particulières à cette situation.

Du conflit des lois françaises et étrangères en matière de tutelle des mineurs

---

Lons-le-Saunier. — Imp. J. Mayet et Cie, rue Saint-Désiré, 20.


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TS



